شرح
فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على

الهداية : شرح بداية المبتدى

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

١ ـ شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ.
٢ ـ حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ.

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ.

الجزء السادس

مَنْ يُرِدِ ٱللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى ٱلدِّينِ

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب استيلاء الكفار)

(وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها) لأن الاستيلاء قد تحقق فى مال مباح وهو السبب على مانبينه إن شاء الله تعالى (فإن غلبنا على الترك حل لنا مانجده من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (وإذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها)

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديمه الأول على الثانى ظاهر (قوله وإذا غلب الترك على الروم) أى كفار الترك على كفار الروم (فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على مانبينه) عن قريب (فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال) أى مما أخذوه منهم وإن كان بيننا وبين الروم موادعة لأنا لم نغدرهم إنما أخذنا مالاخرج عن ملكهم . ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت إحداهما كان لنا أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الأخرى من الغانمين لما ذكرنا . وفى الخلاصة : والإحراز بدار الحرب شرط ، أما بدارهم فلا : ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا فى دارنا لانشترى من الغالبين شيئا لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فإنه على ملكهم . وأما لو اقتتلت طائفتان فى بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ؟ ينبغى أن يقال إن كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالأمية أو كان المأخوذ لايجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا بذلك عند الكرخى ، وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء وإلا لا (قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحمد، إلا أن

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له ، وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين ، والترك جمع التركى ، والروم جمع الرومى : أى الرجال المنسوبون إلى بلادهم ، والمراد به كفار الترك ونصارى الروم . وكلامه واضح . وقوله (حل لنا مانجده من ذلك) أى مما أخذه الترك من أهل الروم لأن المأخوذ صار ملكا للترك

(باب استيلاء الكفار)

وقال الشافعي : لايملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لاينتهض سببا للملك على ماعرف من قاعدة الخصم .

عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها . ولأحمد فيه روايتان فقولنا وكقول مالك : فيتفرع على ملكهم أموالنا بالإحراز أن لكل من دخل دار الحرب بأمان من المسلمين أن يشترى ما أخذوه فيأكله ويطأ الجارية لملكهم كل ذلك (وقال الشافعي : لايملكونها لأن الاستيلاء) أى استيلاءهم على أموالنا (محظور ابتداء) عند الأخذ (وانتهاء) عند صيرورتها فى دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك . قال عليه الصلاة والسلام « فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم » والكفار مخاطبون بالحرمات إجماعا (والمحظور لاينتهض سببا للملك على ماعرف من قاعدته) فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ، ولأن النص دل عليه وهو ماروى الطحاوى مسندا إلى عمران بن الحصين قال : كانت العضباء من سوابق الحاج ، فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين ، وكانوا إذا نزلوا يريحون إبلهم فى أفنيتهم ، فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لاتضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء ، فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها ، فلما قدمت عرفت الناقة ، فأتوا بها إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها ، فقال : بئس ماجزيتيها أو وفيتيها « لا وفاء لنذر فى معصية الله ولا فيما لايملك ابن آدم » . وفى لفظ : فأخذ ناقته . ولو كان الكفار يملكون بالإحراز لملكتها المرأة لإحرازهم إياها . وللجمهور أوجه من النقل والمعنى : فالأول قوله تعالى - للفقراء المهاجرين - سماهم فقراء ، والفقير من لايملك شيئا ، فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التى خلفوها وهاجروا عنها ، وليس من ملك مالا وهو فى مكان لايصل إليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم فى نص الصدقة . وأما ما استدل به الشارحون مما فى الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام فى الفتح أين تنزل غدا بمكة ؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من منزل . وروى أتنزل غدا بدارك ؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من رباع . وإنما قاله لأن عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح ، لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لايرث الكافر ، فإن عقيلا إنما استولى على الرباع بإرثه إياها من أبى طالب ، فإنه توفى وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه ، لا أن الديار كانت للنبيّ صلى الله عليه وسلم ، فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء . وروى أبو داود فى مراسيله عن تميم ابن طرفة قال : « وجد رجل مع رجل ناقة له ، فارتفعا إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فأقام البينة أنها له ، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبيّ صلى الله عليه وسلم : إن شئت أن تأخذ بالثمن الذى اشتراها به فأنت أحق ، وإلا فخل عن ناقته » والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم . وأخرج الطبرانى مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة ، وفى سنده ياسين الزيات مضعف . وأخرج الدارقطنى ثم البيهقى فى سننهما عن ابن عباس « أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم : إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به ، وإن وجده قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن » وضعف بالحسن بن عمارة . وأخرج الدارقطنى عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من وجد ماله فى الفيء قبل أن يقسم فهو له ، ومن وجده بعد ماقسم فليس له شيء »

كسائر أموالهم . وقوله (لأن الاستيلاء محظور ابتداء) أى فى دار الإسلام (وانتهاء) أى فى دار الحرب بعد الإحراز . وقوله (على ماعرف من قاعدة الخصم) أن المحظور ولو بوجه لاينتهض سببا للملك كما فى البيع الفاسد ؛ وأما المحظور من كل وجه بأن يكون محظورا بأصله ووصفه كما فى البيع الباطل كالبيع بالميتة أو الدم فإنه لايوجب

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم ، وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان ، غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا ،

وضعف بإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به . وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا «من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ، وإن أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن» وفيه ياسين ضعف به . قال الشافعي : واحتجوا أيضا بأن عمر بن الخطاب قال : من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له ، وما قسم فلا حق له فيه إلا بالقيمة . قال : وهذا إنما روى عن الشعبي عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر . وروى الطحاوي بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب قال : فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه : أي أدركه قبل أن يقسم فهو له ، وإن جرت فيه السهام فلا شيء له. وروى فيه أيضا عن أبي عبيدة مثل ذلك . وروى بإسناده إلى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله . وروى أيضا بإسناده إلى قتادة عن خلاس أن عليّ بن أبي طالب قال : من اشترى ما أحرز العدو فهو جائز . والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي أصل هذا الحكم ، ويدور في ذلك بين تضعيف بالإرسال أو التكلم في بعض الطرق ، فإن الظن بلا شك يقع في مثل ذلك أن هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب . ويبعد أنه وقع غلط للكل في ذلك ، وتوافقوا في هذا الغلط ، بل لا شك أن الراوي الضعيف إذا كثر مجيء معنى ماروا يكون مما أجاد فيه ، وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط . هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح . وحديث العضباء كان قبل إحرازهم بدار الحرب ؛ ألا يرى إلى قوله وكانوا إذا نزلوا منزلا الخ فإنه يفهم أنها فعلت ذلك وهم في الطريق ، وأما المعنى فما أشار إليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعني الاستيلاء الكائن بعد الإحراز في حال البقاء ورد على مال مباح (فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم) فإنه ماتم لنا الملك فيه إلا لهذا المعنى (وهذا) أي كونه مباحا إذ ذاك (لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى ـ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ـ فإنه يقتضي إباحة الأموال بكل حال ، وإنما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة) من الانتفاع (عاد مباحا) وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين ، فإن الإحراز حينئذ يكون تاما وهو (الاقتدار على المحل حالا ومآلا) بالادخار إلى وقت حاجته ، بخلاف أهل البغي إذا أحرزنا أموالهم لا تزول أملاكهم لأن

الملك بالاتفاق (ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح) وورود الاستيلاء على مال مباح (ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم) وقوله (وهذا) إشارة إلى أن الاستيلاء ورد على مال مباح ، وبيانه أن العصمة في المال لكل من تثبت له من المسلم والكافر إنما تثبت على منافاة الدليل ، فإن الدليل وهو قوله تعالى ـ هو الذي خلق لكم مافي الأرض جميعا ـ يقتضي أن لا يكون مال مّا معصوما لشخص مّا ، وإنما تثبت العصمة (لضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة) بالاستيلاء (عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار ، لأنه) أي لأن الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا) والكفار ماداموا

. . . .

والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل ؟

العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك . ثم أجاب عن قوله المحظور لايصلح سببا للملك فقال ذاك فى المحظور لنفسه (أما المحظور لغيره فلا فإنا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب) كما فى الصلاة فى الأرض المغصوبة (فما ظنك بالملك الدنيوى) والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لأنها ليست مالا ، وكذا على غصب المسلم مال المسلم ، وذلك لأنه ليس فيه إحراز يزيل الملك على ماذكرنا فى الباغى . وأورد عليه أن العصمة إن أزالت بالإحراز بدارهم لايكون الاستيلاء محظورا ليحتاج إلى هذا الكلام وإن لم تكن زالت لم تصر ملكا لهم . وأجيب بأن العصمة المؤثمة باقية لأنها بالإسلام ، والمقومة زالت لأنها بالدار. وقد يقال إن كان الملك زال تبعا لزوال القيمة صارمباحا وعاد الأول ، وإن لم يسقط لزم الثانى فالمدار الإباحة وعدمها . ثم الوجه أن لاحاجة إلى إثبات أنه محظور لغيره ، وذلك لأن الاستيلاء إن أريد به ابتداء الأخذ أو إدخاله فى دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لأنه ظلم وهو قبيح لنفسه فهومحرم لنفسه ، وإن كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ماعرف ، كذا أورد فى الأصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك . أجيب بأن المفيد له هو الضمان على ما فى توجيهه من الكلام ، بل نقول : ليس الاستيلاء الأول سببا لملكه ولا الإدخال إلى دار الحرب ، بل الإدخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الإباحة ، وهولايتصف بحل ولاحرمة لأنه ليس من الأفعال. ثم الاستيلاء الكائن فى البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر، وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لأنه على مال مباح وإباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة ، فأما الأخذ وما يليه فأسباب لغير ذلك مما ذكرنا ، فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظورلنفسه أو غيره بل هو أمر مباح ، والسبب البعيد لا يوثر فى المسبب الأخير لأنه مسبب عن غيره على ماعرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها فى المعلول ، بخلاف الغصب فإنه لا يستعقب إباحة أصلا . وقول بعضهم فى التقرير : لانسلم أن الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم ، لأن استيلاءهم إنما يتحقق بعد الإحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح ، كمال المسلم ثمة إذا لم يهاجر إلينا يقتضى أن ماله مباح ، وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم ،

فى دار الإسلام اقتدروا على المحل حالا ، وإنما يقتدرون عليه مآلا بالإحراز لأنهم ماداموا فى دارنا فهم مقهورون بالدار ، والاسترداد بالنصرة محتمل . وقوله (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم إن الاستيلاء محظور . وتقريره : سلمنا أنه محظورلكنه محظورلغيره مباح فى نفسه على ماذكرنا ، والمحظورلغيره (إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك) كالصلاة فى الأرض المغصوبة فإنها تصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب فى الآخرة ، فلأن تصلح سببا للملك فى الدنيا أولى . فإن قيل: لوثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازى الذى وقع فى قسمته أو من الذى اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازى . أجيب بأن بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لايدل على قيام الملك للمالك القديم ؛ ألا ترى أن للواهب الرجوع فى الهبة والإعادة إلى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب فى الحال ، وكذا الشفيع يأخذ الدار من

(قال المصنف : والمحظور لغيره إذا صلح الخ) أقول : قال فى الكافى : هذا مشكل ، لأن العصمة لاتخلو إما إن زالت بالإحراز بدارهم أو لم تزل ، فإن زالت لم يكن الاستيلاء محظورا لما مر ، وإن لم تزل لايصير ملكا كما فى مسئلة البغاة ، إلا أن يقال : العصمة المؤثمة باقية لأنها بالإسلام وإن زالت المقومة لأنها بالدار اهـ . ولك أن تقول إنه جواب عن التنزل والتسليم (قوله كالصلاة فى الأرض المغصوبة الخ) أقول : مخالف لما فى كتب الأصول .

(فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة » ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له ، إلا أن فى الأخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين ، والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة (وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذى اشتراه به وإن شاء تركه) لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ؛ ألاترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ، ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ، ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ، ولو كان مغنوما

وسببه أنه ليس فى يده بل يكفى المنع بأن يقال : لانسلم أنه محظور لأنه ورد على مال مباح الخ (قوله فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « إن وجدته الخ) وتقدم الكلام فى الحديث ونظائره . فإن قيل : أخذه قبل القسمة إذا كان حكما لازما يقتضى قيام ملكه . أجيب بالمنع فإن الواهب له أن يأخذ ماوهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا ، وكذا الشفيع يقدم على المالك المشترى فى الأخذ ولا ملك له . وحاصله أن فى الشرع صورا يقدم فيها غير المالك على المالك كما أريناك فلأن يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ماذكرنا ، فإنه لاملك لأحد فى المغنوم قبل القسمة فجبر ضرورة القوى بضرر يسير ، فإن الشركة أولا فى الحق دون الملك ، وثانيا هى شركة عامة فيخف ضرر كل واحد لخفة كثيرة . وصورة الشفيع شبيهة أخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه فى إثبات ملك منتف بإزالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار أو الخلطة مع دفع ضرر إتلاف مال الآخر ، وأشبه بالتاجر إذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فإنه إزالة ملك ثابت بعوض بإحداث ملك زائل بعوض بقدره وهى المسئلة التى ذكرناها . وهذا لأن الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازى فى مقابلة غناء حصل له لابمقابلة مال بذله إلا ببدله ليعتدل النظر ويخف الضرر من الجانبين ، فلأن لايزيله برفع ملك حصل بعوض بإحداث ملك إلا بعوض ليعتدل من الجانبين أولى (ولو) أن التاجر (اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه وإخراجه من دار الحرب زمانا طويلا له أن يأخذه بعده فى ظاهر الرواية . وفى رواية ابن سماعة عن محمد : ليس له كالشفيع إذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، والظاهر هو الأول (ولو وهبوه لمسلم أخذه مالكه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص) فى مقابلة ما كالمال أو أثقل من المال إذ المال ثابت معنى لأن المكافأة مطلوبة والظاهر إيقاعها (فلا يزال إلا بالقيمة) وقد يمنع هذا بالرجوع ، ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شيء ولا

المشترى بحق الشفعة بدون رضا المشترى مع ثبوت الملك له . وقوله (فإن ظهر عليها المسلمون) واضح . وقوله (لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة) قيل عليه بأن الملك ثبت للموهوب له مجانا فلايتضرر بالأخذ منه مجانا ، بخلاف ماثبت لأحد الغزاة بالقسمة لأن هذا الحق إنما تعين له بإزاء ما انقطع من حقه عما فى أيدى الباقين . وأجيب بأن الملك ههنا أيضا ثبت بالعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة فى الهبة وإن لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا فى إثبات حقه فى القيمة . وقوله (ولو كان مغنوما) يعنى لو كان ما أخذه الكفار من المسلمين مغنوما : أي

وهو مثلىّ يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد . وكذا إذا كان موهوبا لايأخذه لما بينا ، وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا، قال (فإن أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذى أخذ به من العدوّ) أما الأخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الأرش) لأن الملك فيه صحيح ، فلو أخذه أخذه بمثله وهو لايفيد ولا يحط شىء من الثمن لأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن ، بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة

يأخذه بعدها لأنه لافائدة فيه (لأن أخذه بالمثل غير مفيد ، وكذا إذا كان) المثلى (موهوبا) من الكافر للمخرج له ليس فيه إلا المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا إذا كان) الذى أخذه من الكفار (مشترى بمثله قدرا ووصفا) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لأنه غير مفيد ، وقيد بقوله قدرا ووصفا لأنه لواشتراه المشترى بأقل قدرا منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن فإن له أن يأخذه بمثل ما أعطى المشترى منهم .

[فرع] اختلف المولى والمشترى منهم فى قدر الثمن القول قول المشترى مع يمينه لأنه إنما يتملك عليه ماله بما يقرّ هو به كالمشترى مع الشفيع إذا اختلفا فى الثمن إلا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك (قوله فإن أسروا عبدا فاشتراه رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها ، فإن المولى يأخذه بالثمن الذى أخذ به من العدو ، ولا يأخذ الأرش لأن ملكه فيه صحيح) لأنه آخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد ، بخلاف المشترى شراء فاسدا على ماسنذكر (فلو أخذه) أى الأرش (أخذه بمثله) دراهم أو دنانير وعلمت أنه لايفيد ولو أخذه بزيادة أو نقصان ، ولو كانت أمة فباعها الغانم بألف فولدت فى يد المشترى وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبى يوسف له ذلك بألف ، وعند محمد بحصته منها ، وذلك بأن يقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ، فما أصاب كلا فهو حصته من الألف (ولا يحط شىء من الثمن) بما نقص من عينه (لأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لأنها يحصل بها وصف الإبصار ،

مأخوذا بالقهر والغلبة (وهو مثلى) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه قبل القسمة) ولا يأخذه بعدها (لأن الأخذ بالمثل غير مفيد ، وكذلك إذا كان موهوبا لايأخذه لما بيناه) أن الأخذ بالمثل غير مفيد (وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا) يعنى إذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه من مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لأنه غير مفيد، وإنما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم بأقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفا فإن له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشترى ولايكون ذلك ربا لأنه إنما فدى ليستخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه لالأنه يشتريه ابتداء . قال (فإن أسروا عبدا) إذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب (فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذى أخذ به من العدوّ ، أما الأخذ بالثمن فلما قلنا) إن المشترى يتضرر بالأخذ مجانا (ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح) فكان الأرش حاصلا فى ملكه وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة ، ومع هذا لوأخذه فإنما يأخذه بمثله لأن الأرش دراهم أودنانير وهو لايفيد . وقوله (لأن الملك فيه صحيح) احتراز عن المشترى شراء فاسدا ، فإن الأوصاف هناك مضمونة (ولايحط شيئا من الثمن لأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن) . واستشكل هذا التعليل هاهنا لأن الأوصاف إنما لايقابلها شىء من الثمن

(قوله وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك) أقول : إذ لاملك فيه قديما .

المشترى شراءا فاسدا ، والأوصاف تضمن فيه كما فى الغصب ، أما ههنا الملك صحيح فافترقا

وقد فاتت فى ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بفواتها شيء منه ، وإنما لم يقابل شيء من الثمن بالوصف لأنه تابع وبفواته لايسقط شيء من الثمن ، ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطلب شيئا بمقابلته ؛ ألا يرى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه قبل القبض لايسقط شيء من الثمن ، والعقر كالأرش . واستشكل بأن الوصف إنما يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصودا بالتناول . أما إذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فإنه يحط من الثمن مايخص العين ، ولو اعورّت فى يده بآفة سماوية لايحط بل يرابح على كل الثمن ، وكذا فى الشفعة إذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن ، كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فإنه يسقط عن الشفيع حصته ، ولو فات بآفة سماوية كأن جفّ شجر البستان ونحوه لايقابله شيء من الثمن . وبهذا أورد على إطلاق قوله بخلاف الشفعة لأن ذلك فى القصدى ، أما فى غيره فالشفعة والمسئلة التى نحن فيها سواء . وأجيب بأن الوصف إنما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول فى الملك الفاسد، وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لأنها مبنية على الأمانة دون الخيانة ، وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك فى الشفعة للمشترى كالفاسد من حيث وجوب تحويله إليه . أما فى الشراء الصحيح الذى لايشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لاغير . وقوله لأن الأوصاف تضمن فيه : أى فى البيع الفاسد لأنه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب ، فالأصل فى تقوّم الصفات هو الغصب وإنما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة فى دفع الظلم والبيع الفاسد دونه فى ذلك لتحقق التراضى فيه من الجانبين ، غير أن الشرع أهدر تراضيهما فى حق الحل وطلب رد كل منهما بدله إلى الآخر . وفى الكافى :

إذا لم يصر بالتناول مقصودا ؛ ألا ترى أنه لو اشترى عبدا ففقئت عينه وأخذ الأرش ثم قصد بيعه مرابحة فإنه يحط من الثمن مايخص العين لأنها صارت مقصودة بالتناول ، بخلاف ما إذا اعورّت . وأجاب بعضهم بأنه إنما يحط فى المرابحة للشبهة لأنه صار كأنه اشترى شيئين بألف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فإنه لايجوز بيع الآخر مرابحة لما أن الشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ، ولا كذلك هاهنا لأنه لااعتبار للشبهة فيه ، بخلاف الشفعة فإن الأوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها ،حتى لو استهلك المشترى شيئا من الدار سقط حصته من الثمن لأن المشترى فى الذى وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشترى شراء فاسدا من حيث أن كل واحد منهما واجب الرد ، والأوصاف تضمن فى المشترى شراء فاسدا كما فى الغصب ، فإن من غصب جارية فذهبت إحدى عينيها ضمن نصف قيمتها . فإن قيل : شراء التاجر هاهنا بمنزلة المشترى شراء فاسدا فى المعنى المذكور وهو وجوب الرد. أجيب بأن إلحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراءا فاسدا من حيث وجوب الرد إلى الشفيع ،ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أو لا ، ثم البيع إن رغب عنه الجار فإذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها فصار كتمكن الفساد فى العقد، ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فإنه لايجب عليه العرض على المالك . قيل فى مسئلة الشفعة أيضا إذا كان هلاك بعض المشترى بآفة سماوية لايقابل الأوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر . وأجيب بأنها مخالفة فى صورة العمد ، فإن التاجر إذا فقأ عين الجارية لايلزمه حط شيء من الثمن ، بخلاف ما إذا استهلك

(قوله أجيب بأن إلحاق مسئلة الشفعة الخ) أقول : وحقيقة الفرق أن وجوب الرد فى الشفعة يسرى إلى أول البيع ، بخلاف شراء التاجر فإن وجوب الرد يتقرر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول : فلا يصح قوله بخلاف الشفعة .

(وإن أسروا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثانى بالثمن) لأن الأسر ماورد على ملكه (وللمشترى الأول أن يأخذه من الثانى بالثمن) لأن الأسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء) لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما ، وكذا إذا كان المأسور منه الثانى غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا أهل

ولأن الأخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشترى من العدوّ ثبت ، بخلاف القياس نصا وهو قوله إن شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه . هذا ولو أنه فقئ عيناه عند الغازى المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الأول أخذه من الفاقئ بقيمته أعمى عند أبى حنيفة ، وقالا : بقيمته سليما وهى التى أعطاها الفاقئ للمولى . لهما أنه فوت وصف فلا يسقط به شىء من ثمنه . وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الأصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الأم ، وهذا ينتقض بمسئلة الهداية ، بل الوجه وهو الفرق أن فوات الطرف هنا بفعل الذى ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه ، بخلاف مسئلة الكتاب لأن الفاقئ غيره بغير رضاه .

[فرع] أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقعت فى سهم غانم فباعها بألف فولدت فى يد المشترى وماتت ، فأراد المالك القديم أخذ الولد ؛ فعند أبى يوسف له ذلك بألف ، وعند محمد بحصته من الألف ، وذلك بأن يقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ ، فما أصاب كلا فهو حصته (قوله وإن أسروا) أى الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتراه رجل) منهم (بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للمولى الأول) وهو المأسور منه أولا (أن يأخذه من الثانى) وكذا لو كان الثانى غائبا كما سيذكر (لأن الأسر ماورد على ملكه) بل على الثانى ، فإنما يثبت حق أخذه للمشترى الأول حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشترى الثانى إعطاؤه للمولى الأول ، ولو كان المشترى الأول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته ، كما لو وهبه الكافر لمسلم ، ثم إذا أخذه المشترى الأول من المشترى الثانى بألف فأراد المولى أن يأخذه من المشترى الأول أخذه بألفين لأنه قام عليه بذلك ، وهو وإن تضرر بذلك فى مقابلة العبد الذى غرضه فيه ، بخلاف مالو أخذه بألف فإنه يفوّت الألف الأخرى على المشترى الأول بلا عوض أصلا .

[فرع] لو باع المشترى من العدوّ العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثانى بالثمن الذى اشتراه به ؛ إن مثليا فبمثله ، أو قيميا بأن كان اشتراه مقايضة فبقيمته ، لأن المشترى الثانى قائم مقام المشترى الأوّل ، وليس للقديم أن ينقض العقد الثانى ليأخذه من المشترى الأول بالثمن الأول إلا فى رواية ابن سماعة عن محمد ، وظاهر الرواية الأول والوجه فى المبسوط . وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل أن يبيعوه لم يكن للقديم أن يأخذه (قوله ولا يملك علينا أهل

المشترى بعض الأشجار فى الشفعة فإنه يحط حصته من الثمن . وقوله (وإن أسروا عبدا) صورته ظاهرة . واعترض على قوله وللمشترى الأوّل أن يأخذه من الثانى بالثمن بأنا لو أثبتنا حق الأخذ للذى اشتراه من العدو أوّلا تضرر المالك لأنه حينئذ يأخذه بالثمنين . وأجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولا أولى ، لأن حقه يعود فى الألف التى نقدها بلاعوض يقابلها ، والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد ، فكان قلناه أولى

(قوله لأن حقه يعود فى الألف الخ) أقول : يعنى لو لم يثبت له حق الأخذ من المشترى الثانى .

الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لأن السبب إنما يفيد الملك فى محله ، والمحل المال المباح ، والحرّ معصوم بنفسه ، وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه ، بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء (وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة ، وقالا يملكونه) لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ، ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه . وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه

الحرب بالغلبة) الكائنة بالإحراز بدارهم (مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا أحرارنا ، ونملك نحن عليهم جميع ذلك لأن السبب) وهو الاستيلاء التام (إنما يفيد الحكم) وهو الملك لما يرد عليه (فى محله ، ومحله المال المباح والحرّ المسلم معصوم بنفسه ، وكذا من سواه) ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم (لأنه تثبت الحرية فيهم من وجه) مع الإسلام (بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم) بالكفر (ولاجناية من هؤلاء) ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شىء ويعوّض الإمام من وقع فى قسمه من بيت المال قيمته ، ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض (قوله وإذا أبق عبد لمسلم) أو ذمى وهو مسلم (ودخل إليهم) دار الحرب (فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة ، وقالا يملكونه) وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم ، وهذا (لسقوط عصمته لأنها لحق المالك وقد زالت) وصار كما لو ندّت إليهم دابة : أى شردت من باب ضرب إلا أن مصدره جاء ندودا كما جاء على ندا القياسى ، وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غير الآبق من دارنا إذا أحرزوه حيث يملكونه فكذا هذا (ولأبى حنيفة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه) وهذا لأنه آدمى مكلف فله يد على نفسه ، ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لأنه صار مقبوضا بمجرد عقده ، وإنما سقط اعتبار يده (لتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى) بمجرد دخوله دار الحرب (فظهرت يد العبد على نفسه) سابقة على يد أهل الحرب لأن أخذهم

وقوله (وكذا من سواه) أى من سوى الحر . وقوله (بخلاف رقابهم) أى رقاب أحرار الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم . وقوله (ولاجناية من هؤلاء) أى من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وإن استولوا عليهم ، وإذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضا ، حتى لو كان أخذهم أهل دار الحرب من دار الإسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شىء . قال (وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم) إذا أبق عبد لمسلم قالوا : قيد لمسلم اتفاقى لأن عبد الذمى كذلك (فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وقالا : يملكونه لأن العصمة لحق المالك) وهو ظاهر . وقوله (لأن سقوط اعتباره) أى اعتبار يد العبد (لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لأنه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا إلى من يخلفه ، لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء ، ولم يبق ذلك لامحالة فيصير فى يد نفسه وهى يد محترمة تمنع الإحراز فتمنع الملك لأنه لا ملك بدون الإحراز . فإن قيل : لا نسلم أنها زالت

(قوله فإن قيل : لا نسلم إلى قوله وأجيب بأن بين الدارين حدا الخ) أقول : السؤال والجواب فى شرح الإتقانى .

وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك . بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده. وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أومشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

إياه لابد أن يتراخى لحظة عن دخوله ، وإذا سبقت يده يدهم (صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك ، بخلاف الآبق المتردد) فى دارنا إذا أخذوه (لأن يد المولى قائمة عليه) مادام فى دار الإسلام حكما (لقيام يد أهل الدار) فيمكنه الاستعانة على وجوده فالاقتدار باق (فمنع ظهور يده) على نفسه ، ولا كذلك المأذون فى الدخول لأن دخوله بإذنه وهو على عزم العود إليه ، وبخلاف الدابة التى ندّت فإنه لايد لها على نفسها ، والضمير فى قول المصنف لأن سقوط اعتباره لليد ، وكان الواجب أن يقول اعتبارها لأن اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أى سقوط اعتبار ظهوره (وإذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا) منهم للذى أخرجه إلى دار الإسلام (أو مشترى) منهم (أو مغنوما قبل القسمة وبعدها) إلا أنه إذا أخذه بعد القسمة (يؤدى) الإمام (عوضه من بيت المال) للمأخوذ منه (لأنه لايمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وتفرق المال فى أيديهم وأيدى غيرهم بتصرفهم وفيه مالا يخفى من الحرج ، وبيت المال معدّ لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ، ولأنه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع فى بيت المال ، فإذا لحق غرامة كان فيه ، ولا يعطى المشترى شيئا إذا كان اشتراه بغير إذن المولى . فإن اشتراه بإذنه رجع عليه بما اشتراه به . وعندهما يأخذه بالثمن فى المشترى وبالقيمة فى الموهوب كما فى المأسور غير الآبق . وإنما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلما لأنه لو ارتدّ فأبق إليهم فأخذوه ملكوه اتفاقا ، ولو كان كافرا من الأصل فهو ذمى تبعا لمولاه ، وفى العبد

لا إلى من يخافه فإن يد الكفرة قد خافت يد المولى لأن دار الحرب فى أيديهم . أجيب بأن بين الدارين حدا لايكون فى يد أحد ، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ، ولأن يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلاتندفع بيد الدار ، إليه أشار فخر الإسلام ، وفيه نظر لأن حصول اليد الحقيقية للعبد فى حيز النزاع . والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء ، وعند دخول العبد فى دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه . فإن قيل : لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك . أجيب بمنع الملازمة لأن ظهور يده على نفسه لايستلزم زوال ملك المولى ، فإنه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى ، وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما فى المغصوب والمشترى قبل القبض فإن الملك للمولى واليد لغيره . وقوله (بخلاف المتردد) يعنى فى دار الإسلام لأن يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده ، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له ، فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له ، فإن استولى عليه المشركون ملكوه (وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه يأخذه المالك القديم بغير شيء إذا كان موهوبا أو مشترى) أما إذا كان موهوبا فظاهر لأنه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بالأخذ منه ، وأما المشترى فلأن المشترى قد تملكه بغير أمره فكان متبرعا ، حتى لو أمره بذلك رجع عليه المشترى بالثمن ، وإن كان مغنوما فكذلك إذا كان قبل القسمة ، وأما إذا كان بعدها فيؤدى عوضه من بيت المال لأن نصيبه قد استحق فله أن يرجع على شركائه فى الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض

وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ فى زعمه أنه ملكه (وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء إذ لايد للعجماء لتظهر عند الخروج من دورنا ، بخلاف العبد على ماذكرنا (وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء) لما بينا (فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله، وأخرجه إلى دار الإسلام فإن المولى يأخذ العبد بغير شىء والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم فى كل فرد (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبى حنيفة، وقالا : لايعتق) لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى فى يده عبدا .

الذمى إذا أبق قولان ذكره فى طريقه مجد الأئمة (قوله وليس له) أى الغازى أو التاجر (جعل الآبق) لأن استحقاقه إذا أخذه ليرده فيكون عاملا له وهاهنا إنما هو عامل لنفسه (قوله وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه)وجهه ظاهر؛ فيتفرع على ملكهم إياه أنه (او اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فإنما يأخذه مالكا منه بالثمن إن شاء) (قوله فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فإن المولى يأخذ العبد بغير شىء والمتاع والفرس بالثمن عند أبى حنيفة ، وعندهما يأخذ العبد أيضا بالثمن إن شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق إليهم عندهما دونه . وأورد عليه أنه ينبغى أن يأخذ الكل بلا شىء لأن العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على مافى يده لأنه مال مباح فتمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها . أجيب بأن غايته أنه صار له يد بلا ملك لأن الرق ينافيه فيبقى فى يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء ، وفيه نظر لأن الفرض أن سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده ، فإنها يملكون المال بإباحته ، وإنما يصير مباحا إذا لم يكن عليه يد لأحد وإلا ملكوا العبد ، والفرض أن هذا المال عليه يد فتدفع الاستيلاء الموجب لإخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم . وأجيب أيضا بأن يده ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه ، فاعتبرناها فى حق نفسه دون المال . ودفع بأن استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغى أن يمنع استيلاء الكفار (قوله وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لايعتق لأن الإزالة كانت متعينة) حال كونه فى دار الإسلام (بطريق معين وهو البيع) فإنه إذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على إخراجه عن ملكه بالبيع ، فإن فعل وإلا باعه القاضى عليه ودفع ثمنه إليه (وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا فى يده) ولأن الإحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا

من بيت المال لأن هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك . وقوله (وليس له) أى للغازى أو للتاجر (جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ فى زعمه أنه ملكه) والجعل إنما يجب إذا أخذه الآخذ على قصد الرد إلى مالكه . قوله (وإن ندّ إليهم بعير) ظاهر ، وكذلك قوله (فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع). واعترض بأن على قول أبى حنيفة ينبغى أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شىء ، لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لأنه فى دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم . وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال (قوله وإذا دخل الحربى دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم

ولأبى حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب ، فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصا له ، كما يقام مضىّ ثلاث حيض مقام التفريق

لهم ، فإنهم إذا أخذوا عبدا مسلما من دار الإسلام ملكوه فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الإحراز حالة الإحراز (ولأبى حنيفة أن الجبر على البيع فى دار الإسلام ما كان إلا لوجوب تخليص المسلم عن إذلال الكافر) فهو الواجب بالذات إجماعا ، ووجوب الجبر على البيع ليتوصل إليه ، غير أنه تعين إخراجه بعوض بيعا طريقا حال قيام أمانه تحرزا عن الغدر بأخذ ماله ، ولولاه لأعتقناه عليه ، فإذا زال أمانه وسقطت عصمة ماله بوجوده فى دار الحرب يجب التخليص بالإعتاق عليه ، غير أن إعتاق القاضى قد تعذر بحلوله فى دار الحرب ، إذ لاينفذ قضاؤه على من هناك فأقيم شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله فى دار الحرب مقام علة عتقه وهو إعتاق القاضى (كما أقيم مضىّ ثلاث حيض فى دار الحرب مقام تفريق القاضى) بعد عرض الإسلام على الآخر وإبائه فيما إذا أسلمت المرأة فى دار الحرب ، بخلاف ما إذا لم يملكه فى دار الإسلام لأن للمولى حق استرداده ، فإذا أعتقناه

أحد ممن كان معه من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذمى يسلم عبده . فإن قيل : الذمى ملتزم أحكام الإسلام فجاز إجباره على بيع عبده الذى أسلم والحربى ليس كذلك . أجيب بأن الأمان ينافى إبقاءهم فى ملكه لأن فيه استذلالا للمسلم وإعطاء الأمان على ترك ذلك فكان بالأمان ملتزما ترك إذلال المسلمين فيلزمه . ووجههما ظاهر . ووجه أبى حنيفة (أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الإمام ، فإن كان فى دار الإسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الإعتاق لأن مال المستأمن معصوم مادام فى دار الإسلام بمقتضى الأمان ، فإذا أدخله فى دار الحرب زالت عصمة ماله ، فلو كان للإمام ولاية عليه وجب عليه إجباره على العتق لإزالة عصمة ماله ، فإذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام علة الإزالة وهى الإعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة إذا لم يمكن إضافة الحكم إليها كحفر البئر على قارعة الطريق . فإن قيل : إقامة الشرط هاهنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشىء مزيلا له وهو باطل ، وذلك لأنهم إذا استولوا على عبد مسلم بالإحراز بدارهم ملكوه ، فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وهاهنا جعلتموه مزيلا له ، وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة وهى أن البقاء أسهل من الابتداء فإن هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه . فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك إذا لم يكن ثابتا ، والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا فى محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر . على أن ماجعلناه مزيلا وإنما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشىء الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممتنع ، وبقاء الشىء أسهل من الابتداء إذا لم يعتر البقاء مايزيل سهولته وهاهنا بقاء المسلم فى يد الكافر صعب يزيل سهولته . وقوله (كما يقام مضىّ ثلاث حيض) تمثيل للمسئلة فى قيام الشرط مقام العلة ، فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعى أقيم مقام علة البينونة وهى عرض القاضى الإسلام وتفريقه بعد

(قوله كالذمى يسلم عبده الخ) أقول : فإنه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه إجباره على العتق) أقول : تخليصا للمسلم (قوله لإزالة عصمة ماله) أقول : الظاهر أن يقول لزوال (قوله مقام علة الإزالة) أقول : فى النهاية مقام علة الزوال (قوله وهى الإعتاق لأن الشرط قد يقام الخ) أقول: فيه بحث، ثم أقول قال العلامة الكاكى وفى المبسوط: فإن قيل بارتفاع الأمان زال صفة الخطر لا أصل الملك، كن أباح لغيره شيئا لايزول أصل ملكه به فلكه المباح فى دار الحرب إبقاء ماكان من الملك له لا إثبات ملك له فيه ابتداء . قلنا : ماكان ملكه بعد إسلام العبد فى دار الإسلام إلا باعتبار الخطر ، فإنه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا ، فإذا زال الخطر بزوال الأمان زال أصل الملك ؛ ألايرى أنه فى دار الحرب لوقتل مولاه وأخذ ماله وخرج إلينا كان حرا وكان ماخرج به من المال له اه . فى كلام الكاكى بحث (قوله وإنما جعلناه قائما مقام المزيل الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا أقيم مقام المزيل تكون الإزالة مستندا إليه .

فيما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب (وإذا أسلم عبد لحربى ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حرٌّ، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار) لما روى «أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال: هم عتقاء الله» ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين، إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه،

على الحربى حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه إلى رقه جبرا فكان ذلك مانعا للمقتضى عن عمله. وقول المصنف (فيما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب) ليس بجيد لأنه لو أسلم الزوج لا يفرق، وعلى هذا الخلاف إذا أسلم عبد الحربى ولم يهرب إلى دار الإسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمى أو حربى فى دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لأن العتق فى دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم إذ زال قهره إلى المشترى فصار كما لو كان فى يده. وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ماله أثر فى زوال الملك مقام الإزالة وهو البيع (قوله وإذا أسلم عبد الحربى ثم خرج إلينا أو) أسلم ولم يخرج حتى (ظهر على الدار فهو حر، وكذا إذا خرج عبيد إلى عسكر المسلمين) مسلمين، ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم (لما روى) أبو داود مسندا إلى على قال: «خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا: يا محمد ماخرجوا رغبة فى دينك، وإنما خرجوا هربا من الرق، فقال ناس: صدقوا يارسول الله ردّهم عليهم، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفيه فقال: هم عتقاء الله» وفيه أحاديث قدمناها، ومنها إسلام عبيد الطائف، ومنهم أبو بكرة والمنبعث تقدم فى كتاب العتق فليرجع إليها فهذا دليل عتقهم إذا خرجوا مسلمين. وأما عتقهم إذا ظهرنا على الدار بعد إسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إليهم فى أنه امتنع بهم. وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن مقدر هو أنه لم يعتق بمجرد إسلامه فى دار الحرب اتفاقا، وإنما الخلاف فيما إذا عرّضه للبيع فباعه. فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لأن الإسلام لاينافى استرقاقهم. أجاب بأن للعبد يدا على نفسه على ماتقدم، وإنما لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع، ثم هى أسبق من يد المسلمين، أما فى المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من إذلال الكافر لأن مجرد أصل اليد لايكفى مالم يتأكد إذ لاقدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هى المؤكدة لها فيعتق. هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق إلى أن يشتريه مسلم أو ذمى فيعتق. قال فى شرح الطحاوى بعد قوله ولا يثبت ولاء: أى لايثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد، لأن هذا عتق حكمى، وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشترى البيع أو لم يقبل، لأن العبد استحق حق الإعتاق بالإسلام لكنا نحتاج إلى سبب آخر ليزول به ملكه عنه، ولما عرضه فقد رضى بزوال ملكه، وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجته، فإنه إذا

الإباء لعجز القاضى عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب (قوله وإذا أسلم عبد لحربى) ظاهر. وقوله لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا) روى «أن النبى صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال: أيما عبد خرج إلينا فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منها، فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: هم عتقاء الله». وقوله (ولأنه أحرز) متصل بقوله ثم خرج إلينا. وقوله (أو بالالتحاق متصل بقوله أو ظهر على الدار. وقيل بقوله مراغما: أى مغاضبا ومنابذا لأنه إذا خرج طائعا لمولاه يباع

فالحاجة فى حقه إلى زيادة توكيد وفى حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى ، والله أعلم .

خرج كذلك فأسلم فى دارنا حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى ، لأنه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه ، كما لو دخل سيده به وبما معه من المال .

[فروع] ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال فهو له » ثم تبطل الجناية دون الدين لأن حق ولى الجناية فى الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى،حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لايبقى فيه حق ولى الجناية ؛ وأما الدين ففى ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لايبطل ببيعه . ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون فى الغنيمة فأخذه المولى فكل من الجناية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولى الجناية كان ثابتا فى قديم ملكه . ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به نفسه فلاتبطل بزوال ملك المولى، كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص . ولو وقع العبد المأسور فى سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ، ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلا للنقل من ملك إلى ملك ، ولأن ولاءه لزم للمعتق على وجه لاسبيل إلى إبطاله . ولو كانت أمة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الأخذ ، بخلاف حق الواهب فى الرجوع لايثبت فى الولد لأنه حق ضعيف فى العين ؛ ألا ترى أنه لايبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لايعدو محله ، والولد وإن كان جزءا فى المآل هو محل آخر ، بخلاف حق المولى فإنه قوى لايبطل ببيعه أو هبته فيسرى إلى الولد . وليس له فسخ النكاح لأنه يتمكن من الأخذ بلا فسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ، ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها ، ولو لم يزوجها المشترى فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لايمنع وطء المالك . ولو أسروا جارية مرهونة بألف وهى قيمتها واشتراها رجل أخذها مولاها الراهن بها ولم تبق رهنا لأنها تاوية فى حق المرتهن فهو كالمجدد لملكها فلا يأخذها المرتهن إلا أن يرد على الراهن الألف ، وإن كان الثمن أقل من الألف كان للمرتهن أن يؤدى ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لأنه مفيد . ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لاسبيل عليه للمالك القديم ، وكذا إذا صار ذميا ، وكذا إذا باعه من حربى آخر ؛ ولو خرج إلينا بأمان ومعه ذلك المال لاسبيل عليه ، إلا أنه إذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لأنه عبد مسلم ولا يمكن الحربى من إعادته إلى دار الحرب وإذلاله . ولو أسروا جارية وديعة عند رجل أو عارية أو إجارة فحق الأخذ إذا أخرجت بشراء أو غنيمة لمالكها لأن ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد ، بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لأن كلا منهم قائم مقام المالك فى حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب ، بخلاف الإحراز بدار الحرب . ولو كانت متزوجة لايبطل النكاح لأن غاية إحرازها توجب أن يملكوها ، ونقل الملك لايبطل النكاح كالبيع ، والتباين القاطع له ماهو تباين حقيقة وحكما ، والمسلمة فى دار الإسلام حكما وإن كانت فى دار الحرب حقيقة .

فيه وثمنه للحربى لأنه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربى الذى دخل به مستأمنا إلى دارنا ، والله أعلم بالصواب .

(باب المستأمن)

(وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم) لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان ، فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام ، إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعا (فإن غدر بهم) أعني التاجر (فأخذ شيئا وخرج به

(باب المستأمن)

أخره عن الاستيلاء لأن الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك ، وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم ، لأنه) بالاستئمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فإخلافه غدر (والغدر حرام) بالإجماع . وفى سنن أبى داود عنه عليه الصلاة والسلام « إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان » وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لأمراء الجيوش والسرايا « لا تغلوا ولا تغدروا » فى وصيته لهم ؛ ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من أهل الحرب فى دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشترى من الطائفة الغالبة شيئا من الأموال التى غنموها لأنهم لم يملكوها لعدم الإحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا ، بخلاف مالو اقتتلوا فى دار الحرب فإنه يحل لنا الشراء ، والشرط الإحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ، ولو كانوا اقتتلوا فى دار الحرب فأقول : يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم إن كانوا لا يدينون أن من قهر آخر فى نفسه أو ماله ملكه ، وإن كانوا يدينون فلا ؛ فإنهم قالوا : لو دخل مسلم دار الحرب بأمان فجاء رجل بأمه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه . وقال الكرخى : إن كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منهم ، والعامة يقولون : إن كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو إذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون أحرارا فيمتنع بيعهم ، ولو جاء ببعض أحرارهم قالوا : إن كانوا يدينون أن من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه وإلا لا ، مع أن هذا ليس فيه إحراز بدار أخرى غير دار المقهور. وقوله (إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم ، وكذا قوله بخلاف الأسير المسلم أيضا (لأنه غير مستأمن) وقد صرح به حيث قال (فيباح له التعرض وإن أطلقوه) وتركوه فى داره (طوعا) أو أعتقوه لأنه لم يستأمن ، وعتقهم لا عبرة به لأنهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه (فإن غدر بهم) التاجر (فأخذ شيئا وأخرجه إلى دار الإسلام

(باب المستأمن)

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذى هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع فى بيان الاستئمان ، لأن طلب الأمان إنما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة ، وقدم استئمان المسلم تعظيما له وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لأصحاب السرايا « ولا تغدروا » . وقوله (بخلاف الأسير) يعنى أن الغدر ليس بحرام عليه ، فإن الأسراء إذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا إلى دار الإسلام ولا منعة لهم فكل من أخذ شيئا فهو له خاصة (فيباح لهم التعرض وإن أطلقوهم طوعا) لأنه

(باب المستأمن)

ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح ، إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لأن الحظر لغيره لايمنع انعقاد السبب على ما بيناه (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربى لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء) أما الإدانة فلأن القضاء

ملكه ملكا محظورا لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح) عند عدم الإحراز إلا أنه بسبب محرم فأورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان ، وإنما يملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك (لأن الحظر لغيره لايمنع انعقاد سبب الملك) كما فى البيع الفاسد . وقوله (على ما بيناه) يريد ماتقدم من قوله المحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ ، وسبيل مايملك بطريق محرم التصدق به ، حتى لوكان المأخوذ غدرا جارية لايحل له وطؤها ولا للمشترى منه ، بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشترى خاصة ، وتحل للمشترى منه لأن المنع فيه لثبوت حق البائع فى الاسترداد ، وببيع المشترى انقطع حقه ذلك لأنه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد ، وهنا الكراهة للغدر والمشترى الثانى كالأول فيه . أما لو سبى قوم أهل الدار التى هو فيها جاز له أن يشتريهم من السابى لأنهم ملكوهم بالإحراز وهم كانوا على أصل الإباحة فى حقه ، وإنما منعه الغدر وليس ذلك غدرا .

[فرع نفيس من المبسوط] لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التى فيهم المسلم المستأمن ، لايحل له قتال هؤلاء الكفار إلا إن خاف على نفسه ، لأن القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لايحل إلا لذلك أو لإعلاء كلمة الله ، وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء إلا إعلاء للكفر . ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لايملكون رقابهم فتقريرهم فى أيديهم تقرير على الظلم ، ولم يضمنوا ذلك لهم ، بخلاف الأموال لأنهم ملكوها بالإحراز وقد ضمنوا لهم أن لايتعرضوا لأموالهم ، وكذا لو كان المأخوذون ذرارى الخوارج لأنهم مسلمون . ومن فروعه : لو تزوج فى دار الحرب منهم ثم أخرجها إلى دار الإسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها ، وإن طاوعته فخرجت طوعا معه لايصح بيعها لأنه لم يملكها . واعلم أنهم أخذوا فى تصويرها ما إذا أضمر فى نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه ، فإنه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء إذا أوفاها معجل مهرها ينبغى أن لايملكها (قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه) مالا (ثم خرج) المسلم (إلينا واستأمن الحربى) فخرج أيضا مستأمنا (لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء . أما الإدانة فلأن القضاء

لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا بأخذ أموالهم (قوله ملكه ملكا محظورا) أى خبيثا ، حتى لو كانت جارية كره للمشترى أن يطأها لأنه قائم مقام البائع ، ووطؤها للبائع كان مكروها فكذا المشترى (قوله وهذا) إشارة إلى قوله ملكه ملكا محظورا : يعنى أن مال أهل الحرب مباح فى نفسه والحظر لمعنى فى غيره وهو الأمان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء (على مابيناه) يعنى فى أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى) أى باع بالدين فإن الإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين

(قال المصنف : فأدانه حربى الخ) أقول : وفى المصادر الإدانة وام دادن اه . وفى النهاية : الإدانة البيع بالدين ، والاستدانة

يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك فى المستقبل . وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذى غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على مابيناه ، وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى ، والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام . وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث

يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم فى المستقبل) ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ، ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم ؛ وعموم عدم القضاء كما فى الهداية قول أبى حنيفة ومحمد . واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين ؛ وكون أبى حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضا مما يحتاج إلى موجب . وأجاب فى الكافى بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ، ولا يخفى ضعفه ، فإن وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب ، بل إنما ذلك فى الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك ، والإدانة البيع بالدين ، والاستدانة الابتياع بالدين (وأما) أنه لا يقضى (بالغصب) لكل منهما (فلأنه صار ملكا للذى غصبه) سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا (على مابينا) أى فى باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الفرض أن كلا منهما خرج إلى دار الإسلام ، وفى غصب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ ، إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربى يؤمر بالرد إفتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر ، وفى كلام المصنف إشارة إليه كما ترى (وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك) أى أدان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) إلينا (مستأمنين لما قلنا ، فإن خرجا مسلمين) وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه (يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب) أما (القضاء بالمداينة) أى بالدين (فلأنها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الإسلام) ولا ترجيح لأحدهما على الآخر إذ لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما ، وعلى قول أبى يوسف لا يحتاج إلى هذه العلاوة إذ يقضى للحربى على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا (وأما الغصب) فإنما لا يقضى به لإتلافه فيما ملكه (ولا خبث

(قوله ولا ولاية وقت الإدانة أصلا) أى لا على المسلم ولا على الحربى (ولا وقت القضاء على المستأمن) وهو ظاهر . وإذا لم يقض على الحربى لم يقض على المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما . وقوله (وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذى غصبه) أى سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا فيها لأن مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب فى حقه فملكه بالغصب ، إلا أن الغاصب إن كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه ، لأنه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر بهم ، وفى أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر . وقوله (على مابينا) يعنى فيما تقدم ، وأما غصب الكافر فقد ذكر فى مسئلة الاستيلاء بقوله إن الاستيلاء ورد على مال مباح ، وأما غصب المسلم فقد ذكره فيما إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا فإنهم يملكونه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله من قبل إن القضاء يعتمد الولاية الخ . وقوله (ولو خرجا مسلمين) ظاهر .

- الابتياع بالدين ، وقولهم ادان بالتشديد من باب الافتعال : أى قبل الدين اه (قوله وأما غصب الكافر ، إلى قوله : فإنهم يملكونه)

فى ملك الحربى حتى يؤمر بالرد (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه ، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد (وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أوخطأ فعلى القاتل الدية فى ماله وعليه الكفارة فى الخطإ) أما الكفارة فلإطلاق الكتاب ، وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لاتبطل بعارض الدخول بالأمان ،وإنما لايجب القصاص لأنه لايمكن استيفاؤه إلا بمنعة ، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك فى دار الحرب ،

فى ملك الحربى ليؤمر بالرد) وفيه إشارة إلى ماقدمنا ذكرها (قوله وإذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الخ) عرف أحكامها مما تقدم . (قوله وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أوخطأ فعلى القاتل عمدا الدية فى ماله) ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الدية فى ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا فى عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف . وذكر قاضيخان فى الجامع الصغير أن هذا قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : عليه القصاص فى العمد كقول الشافعى ومالك وأحمد ، لأنه قتل شخصا معصوما بالإسلام علوانا وظلما وذلك موجب للقصاص ، وكونه فى دار الحرب لا أثر له فى سقوط ذلك عند الله تعالى . ولأبى حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه ، ولو كثره من كل وجه بأن كان متوطنا هناك لايكون معصوما ، فإذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة فى قيام العصمة فلا يجب القصاص . وذكر شمس الأئمة القصاص فى العمد عن أبى يوسف من رواية الإملاء ، لأن المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لاينتقض إحرازه نفسه بذلك ، والقصاص حق للولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام . ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر . قال المصنف (أما الكفارة) يعنى فى الخطإ (فلإطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى ـ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ـ (و) جوب الدية (لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لاتبطل بعارض الدخول) إلى دار الحرب (بالأمان ، وإنما لايجب القصاص) فى العمد (لأنه لايمكن استيفاؤه إلا بمنعة ، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك فى دار الحرب) فلا فائدة فى الوجوب . وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه بسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ، ولايخفى أن المراد أنه ليس على الإمام إقامته إذا طلب الولى تمكينه

وقوله (فغصب حربيا) أى غصب شيئا من حربى وليس هذا منحصرا فى خروجهما مسلمين ، بل لو خرج المسلم الغاصب والحربى مستأمنا فالحكم كذلك . وقوله (فعلى القاتل الدية فى ماله) يعنى فى العمد والخطأ ، هكذا ذكره من غير خلاف فى عامة النسخ . وذكر الإمام قاضيخان أن هذا الحكم قول أبى حنيفة رضى الله عنه ثم قال: وقال أبويوسف ومحمد: عليه القصاص فى العمد لأنه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله مايجب به فى دار الإسلام . ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة ، فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص . وقوله (أما الكفارة فلإطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ (وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لاتبطل بعارض الدخول بالأمان) لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه فى دار الإسلام تقديرا حتى أن المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان فى دار الحرب حتى لايقتل الذمى به ، وكان القياس وجوب القصاص إلا أنه لم يجب لما ذكر

أقول : وكذا فى النهاية وفيه بحث (قال المصنف : وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا) أقول : أى مال حربى على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه .

وإنما تجب الدية فى ماله فى العمد لأن العواقل لاتعقل العمد وفى الخطإ ، لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه) أو قتل مسلم تاجر أسيرا) فلا شىء على القاتل إلا الكفارة فى الخطإ عند أبى حنيفة ، وقالا : فى الأسيرين الدية فى الخطإ والعمد) لأن العصمة لاتبطل بعارض الأسر كما لاتبطل بعارض الاستئمان على مابيناه ، وامتناع القصاص لعدم المنعة ويجب الدية فى ماله لما قلنا . ولأبى حنيفة أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا فى أيديهم ، ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا ،

منه ، ولا يحل لولى المقتول قتل القاتل إذا قدر عليه لأن القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل ، لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لاتمنع من القضاء عند الطلب إذا كانت ثابتة عنده ، كما لو رفع إلى قاض مطالبة بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضى فإن ولايته منعدمة عند السبب ، وعليه أن يقضى بالثمن عند المرافعة لأن العصمة المؤثمة بالإسلام قائمة ، والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب ، والمانع وهو استيفاء الإمام منتف لما ذكر عن أبى يوسف أن الإقامة ينفرد بها الولى فمنعه منه خلاف الدليل ، فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على مافيه ، إذ نمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط ، أو أن دار الحرب دار إباحة فالكون فيها شبهة دارئة . وقد يقال : إن قلتم إنها دار إباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه فلا يفيد . ويجاب بأن كونها دار إباحة له فى الجملة كاف ؛ ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلنى لاقصاص عليه ، مع أن إباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل إباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا إلا أن تمنع عدم القصاص فى قوله اقتلنى . فإن قيل : ماذكرتم مخالف لإطلاق قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص ـ والنفس بالنفس ، فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ ، فإنه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا . قال (وإنما تجب الدية فى ماله فى العمد لأن العواقل لا تعقل العمد ، وفى الخطأ) إنما تجب أيضا فى ماله لأن وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم فى حفظ القاتل ومنعه من ذلك ، ولا تقصير منهم فى ذلك إذا كان فى دار الحرب (قوله وإن كانا) أى المسلمان (أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شىء على القاتل) من أحكام الدنيا (إلا الكفارة فى الخطإ عند أبى حنيفة) وإنما عليه عقاب الآخرة فى العمد (وقالا : فى الأسيرين الدية فى الخطإ والعمد ، لأن العصمة لاتبطل بعارض الأسر كما لاتبطل بالاستئمان على مابيناه) يعنى من قوله لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لاتبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين (و) أما (امتناع القصاص فلعدم المنعة) كما ذكرنا (وتجب الدية فى ماله لما قلنا) أن العواقل لاتعقل العمد . هذا وقياس مانقل قاضيخان عنهما فى المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص فى العمد أن يقولا به فى الأسيرين لأن الوجه يعمهما (ولأبى حنيفة) وهو الفرق بين الأسيرين والمستأمنين (أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا فى أيديهم حتى يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا) لأن الأصل غير معصوم فكذا تبعه (وصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا) فى سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا فى أيديهم

فى الكتاب وهو واضح . وقوله (على مابينا) إشارة إلى أن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لاتبطل بعارض الدخول بالأمان . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن العواقل لاتعقل العمد . وقوله (ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن بالأسر صار تبعا لهم) يعنى وأهل الحرب أصول والأصول غير معصومين فكذلك الأتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية . وقوله (فيبطل به الإحراز أصلا) أى يبطل الإحراز بالعصمة المقومة بالكلية (وصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا)

وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة فى العمد عندنا .

فصل

قال (وإذا دخل الحربى إلينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم فى دارنا سنة ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والأصل أن الحربى لا يمكن من إقامة دائمة فى دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ، ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن فى منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ، ففصلنا بينهما بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه ، وإذا مكث سنة فهو ذمى لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا ، وللإمام أن يوقت فى ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (وإذا أقامها بعد مقالة الإمام يصير ذميا)

(و) إنما خص الكفارة بالخطإ لأنه لا كفارة فى العمد عندنا) كما يعرف فى موضعه إن شاء الله تعالى . هذا والأقرب أن يجرى فيهما حديث الشبهة كما تقدم على مافيه .

(فصــــل)

(قوله وإذا دخل الحربى إلينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم فى دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية . وأصل هذا أن الحربى لا يمكن من إقامة دائمة فى دارنا إلا بالاسترقاق أو بالجزية لأنه يصير عينا لهم) أى جاسوسا (وعونا علينا فتلتحق المضرّة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة لأن فى منعها قطع الميرة والجلب) وهو مايجلب من حيوان وغيره (ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فإن رجع قبلها فلا سبيل عليه ، وإن أقامها بعد تقدم الإمام إليه) أى قوله له مايعتمده فى ضرب الجزية عليه (صار

بجامع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لأنها مبنية على تلك العصمة ، بخلاف الكفارة فإنها تجب بالعصمة المؤثمة وهى بالإسلام .

(فصـــل)

فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف أحكامها ، وكلامه ظاهر ، والعين : هو الجاسوس ، والعون : الظهير على الأمر والجمع الأعوان ، والميرة : الطعام يمتاره الإنسان من مار يمير ، والجالب والأجلاب الذين يجلبون الإبل والغنم للبيع . وقوله (بعد تقدم الإمام) يقال تقدم إليه الأمير بكذا أو فى كذا إذا أمره به . وقوله (وللإمام أن يوقت فى ذلك مادون السنة) يعنى أن تقدير الحول ليس بلازم ، بل لو قدر الإمام أقل من ذلك على حسب مايراه جاز لكن إن لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول (فإذا أقام بعد ذلك فى دارنا يصير ذميا) قال الإمام قاضيخان :

(فصل وإذا دخل الحربى الخ)

(قال المصنف وإذا دخل الحربى إلينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم فى دارنا سنة) أقول : قال العلامة الكاكى فى فتاوى العتابى : لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله أن يرجع اهـ . وفى النهاية : لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الإمام ليس بشرط لصيرورة الحربى المستأمن ذميا عند إقامته تمام السنة فى دار الإسلام ، بل يصير ذميا إذا أقام سنة فيها وإن لم يتقدم إليه الإمام بقوله إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية اهـ . وقول المصنف (لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام الخ) يشير إلى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليتدبر (قوله والجلب والأجلاب الخ) أقول : الجلب فعل بمعنى مفعول صرح به ثقات اللغة ، وما ذكره الشارح مع أنه خلاف المنقول لا يناسب الميرة .

لما قلنا (ثم لايترك أن يرجع إلى دار الحرب) لأن عقد الذمة لاينقض ، كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج . فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس ، فإذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا ، أما بمجرد الشراء لايصير ذمية لأنه قد يشتريها للتجارة ، وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج

ذميا (فلا يمكن بعدها من العود إلى داره) لأن عقد الذمة لاينقض إذ فيه قطع الجزية وتصييره وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين) ولا يؤخذ منه جزية السنة التي أقامها إلا إن قال له إن أقمتها أخذت منك الجزية . وقوله بعد تقدم الإمام يفيد اشتراط تقدم الإمام إليه في منعه من العود إذا أقام سنة ، وبه صرح العتابي فقال : (لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله الرجوع . قيل ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الإمام ليس شرطا لصيرورته ذميا ، فإنه قال : ينبغي للإمام أن يتقدم إليه فيأمره إلى أن قال : وإن لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم ، لأنه يصدق بقوله إن أقمت طويلا منعتك من العود ، فإن أقام سنة منعه ، وفي هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة ، والوجه أن لايمنعه حتى يتقدم إليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ، ولا ينبغي أن يلحقه عسرا بتقصير المدة جدا خصوصا إذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها إلى مدة مديدة .

[فروع] لو مات المستأمن في دار الإسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته ، فإذا قدموا فلا بد أن يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا ، فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لأنهم لايمكنهم إقامتها من المسلمين لأن أنسابهم في دار الحرب لايعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لايطلع عليه الرجال ، فإذا قالوا : لانعلم له وارثا غيرهم دفع إليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر في المآل من ذلك . قيل هو قولهما لاقول أبي حنيفة كما في المسلمين . وقيل بل هو قولهم جميعا ، ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتابه ، وإذا رجع إلى دار الحرب لايمكن أن يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الإسلام بل بالذي دخل به ، فإن باع سيفه واشترى به قوسا أو نشابا أو رمحا لايمكن منه ، وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه ، فإن كان مثل الأول أودونه مكن منه ، ومن وجد في دارنا بلا أمان فهو وما معه فيء ، فإن قال : دخلت بأمان لم يصدق وأخذ ، ولو قال : أنا رسول ، فإن وجد معه كتاب يعرف أنه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فإن الرسول لايحتاج إلى أمان خاص بل بكونه رسولا يأمن ، وإن لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فيئا . وإذا دخل دار الإسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لايختص به عند أبي حنيفة بل يكون فيئا لجماعة المسلمين ، وهو رواية بشر عن أبي يوسف ، وظاهر قول أبي يوسف وهو قول محمد يختص به ، ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيئا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لايطعم ولا يسقى ولا يؤذى حتى يخرج (قوله وإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرية فإنها تستمر عشرية على قول

فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لأنه إنما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة يأخذ الخراج فحينئذ يأخذ منه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام صار ملتزما للجزية . وقوله (فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) قال في النهاية : وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد بأن اشترى أرضا عشرية لأنهما جميعا من مؤن الأرض لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) إذ كل واحد منهما من أحكام دارنا ، فلما رضي بوجوب الخراج عليه

فتعتبر المدة من وقت وجوبه . وقوله فى الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه (وإذا دخلت حربية بأمان فتزوّجت ذميا صارت ذمية) لأنها التزمت المقام تبعا للزوج (وإذا دخل حربى بأمان فتزوّج ذمية لم يصر ذميا) لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمى أو دينا فى ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود) لأنه أبطل أمانه (وما فى دار الإسلام من ماله على خطر ، فإن أسر أو ظهر

محمد فإنها وظيفة مستمرة ، وعلى قول أبى حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج ، وتثبت أحكام الذمى فى حقه من منع الخروج إلى دار الحرب ، وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه، ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ ، ووجوب كف الأذى عنه، فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه فى الأسواق ظلما وعدوانا . وهذه الأحكام الجمة التى نبه عليها المصنف والجم الكثير ، والمراد بوضع الخراج إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته ، ومنذ باشر السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت فى ملكه أو زراعتها بالإجارة وهى فى ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة فإنه يؤخذ منه لامن المالك فيصير به ذميا ، بخلاف ما لو كانت الأرض التى استأجرها خراجها على مالكها فإنه لايصير ذميا إذا دخل وقت الأخذ لعدم الأخذ منه . وكذا إذا أخذ منه العشر على قول محمد ، ولا يظن بوضع الإمام وتوظيفه أن يقول وظفت على هذه الأرض الخراج ونحوه . لأن الإمام قط لايقول فى كل قطعة أرض كذلك ، بل الخراج من حين استقرّ وظيفة للأراضى المعلومة استمر على كل من صارت إليه . نعم لايصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لأنه به التزمه لأنه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها فى يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعتها (قوله وإذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوّجت ذميا صارت ذمية)فبى تزوّجها مسلما أولى ، وعكسه ما لو دخل حربى فتزوّج ذمية لايصير ذميا كما قال به الأئمة الثلاثة فى الحربية أيضا قياسا على الرجل . ونحن بينا الفرق بأن تزوّجه ليس دلالة التزامه المقام ، فإن فى يده طلاقها والمضى عنها بخلافها ، فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتى منه ، ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج إلى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمى أو دينا فى ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما فى دار الإسلام من ماله) له مادام حيا وإن مات فهو لورثته ، وكذا إذا قتل من غير

رضى أن يكون من أهل دارنا . وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أى وجوب الخراج (وقوله فى الكتاب) أى فى الجامع الصغير (فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح من محمد بشرط الوضع) أى بأن وضع الخراج عليه شرط فى جعله ذميا ، والمراد من وضع الخراج التزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن ، ودلت المسئلة على أنه لايصير ذميا بمجرد الشراء . ومن المشايخ من قال : يصير ذميا بنفس الشراء ، لأنه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من أحكام الإسلام ، كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما أشار إليه المصنف من قوله لأنه قد يشتريها للتجارة . وقوله (فيتخرج عليه) أى على أن الوضع شرط (أحكام جمة فلا تغفل عنه) أى عن شرط الوضع وهى المنع من الخروج إلى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان فى إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ ، وهذه الأحكام إنما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله ، وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب أن لايغفل عن شرط الوضع . وقوله (وإذا دخلت حربية بأمان) ظاهر ، وكذا عكسه ، وكذلك قوله (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان)

على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا) أما الوديعة فلأنها فى يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه ، وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله ، وهذا لأن حكم الأمان باق فى ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده . قال (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا : هو مثل الأراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس فى ذلك . وقال الشافعى : فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة . ولنا ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية » وكذا عمر ومعاذ ووضع فى بيت المال ولم يخمس

أن يظهر على دارهم كما إذا مات فى دار الإسلام لأن ماله مشمول بأماننا مادام فى دارنا ، وبه قال الشافعى وأحمد رحمهما الله . فإن قيل : ينبغى أن يصير فيئا كما إذا أسلم الحربى فى درا الإسلام وله وديعة عند مسلم فى دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيئا ولا تكون يد المودع كيده فى دار الإسلام . أجيب بالفرق بأن ما فى دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه ، فإن دار الحرب دار إباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما فى دار الإسلام تثبت من كل وجه فيبقى إلى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوما وذلك بأن يؤسر أو يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيئا لعامة المسلمين توضع فى بيت المال لأنها فى يده تقديرا ، فإذا غنم غنمت ، بخلاف ماله من الوديعة فى دار الحرب عند المسلم لأنها ليست فى يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ، ثم هذا ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف فى الدين ، وأما الدين فيسقط عمن فى ذمته لأن ثبوت يده عليه منتف إذ قد صار ملكا للمديون ، وإنما هى ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين . وإذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضرورى غير محتاج إلى تعليله بأنه سبقت يده إليه (قوله وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال) أى ما أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله بلا قتال . والوجف والوجيف ضرب من سير الإبل والخيل ، ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته إذا حملته على الوجيف (يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف فى الخراج) وكذا الجزية فى عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكرى الأنهار العظام التى لا ملك لأحد فيها كجيحون والفرات ودجلة ، وإلى أرزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شىء منه أحد (قالوا : هو مثل الأراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس فى ذلك . وقال الشافعى : فيهما) وفى

خلا أن قوله لأن يد المودع كيده منقوض بما إذا أسلم الحربى فى دار الإسلام وله وديعة عند مسلم فى دار الحرب ثم ظهر على الدار فإنها تكون فيئا فلم تكن يد المودع كيد المودع . وأجيب بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع ، وفى صورة النقض ليس كذلك لأن دار الحرب ليست دار عصمة . قال (وما أوجف المسلمون عليه) يقال وجف الفرس أو البعير عدا وجيفا وأوجفه صاحبه إيجافا . وقوله (وما أوجف المسلمون عليه) أى أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله . والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الإخراج ، يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا : أى أخرجهم فخرجوا ، كلاهما يتعدى ولا يتعدى . وقوله (والجزية) بالجر عطف على قوله الأراضى أى هو مثل الأراضى التى أجلوا عنها أهلها ومثل الجزية . وقوله (وقال الشافعى رضى الله عنه فيهما) أى فى الأراضى التى أجلوا عنها أهلها وفى الجزية . وفى بعض النسخ : فيها

(قال المصنف : وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب) أقول : أنت خبير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن .

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى ، وفى هذا السبب واحد وهو ماذكرناه فلا معنى لإيجاب الخمس (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأة فى دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم هاهنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فىء)

بعض النسخ : فيها أى الأرض والجزية والخراج الذى تقدم ذكره فى قوله كما يصرف الخراج ، ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة : أى أخرجهم فجلوا : أى خرجوا ، وأجلى القوم أيضا خرجوا ، فكل من ذى الهمزة وعلمها يتعدى ولا يتعدى . ومذهب الشافعى أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس ، وما أخذ من غيرخوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففى القديم لايخمس ، وهو قول مالك ، وفى الجديد يخمس . ولأحمد فى الفىء روايتان الظاهر منهما لايخمس ، ثم هذا الخمس عند الشافعى يصرف إلى من يصرف إليه خمس الغنيمة عنده على مامر ، وذكروا أن قوله فى الجزية مخالف للإجماع . قال الكرخى : ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا فى عصره . ووجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين . واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام ، فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران ، وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينارا ، ولم ينقل قط فى ذلك أنه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ، ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ماقضت به العادة ، ومخالفة ماقضت به العادة باطل فوقوعه باطل ، بل قد ورد فيه خلافه وإن كان فيه ضعف ، أخرجه أبو داود عن ابن لعدى بن عدى الكندى : أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى من سأله عن مواضع الفىء أنه ماحكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبى صلى الله عليه وسلم « جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه » فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم . وأما ما فى السنن عن عمر : كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته قوت سنة فما بقى جعله فى الكراع والسلاح عدة فى سبيل الله . فمعناه أن التصرف فيها كان إليه كيف شاء ، بل يؤيد ماذكرنا أن مصارف بيت المال إذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح ونفقته هو عليه الصلاة والسلام إذلم يكن إذ ماذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر ، وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بأنه كان يفعل ماتحققت له أدنى قدرة عليه ، وأما القياس ففى تقرير المصنف دفعه وهو قوله (ولأنه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بكل من مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقى للغانمين بمعنى ، وفى هذا السبب واحد وهو ماذكرنا) من الرعب الخالى عن القتال فلم يكن لأبعاضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله وإذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأة فى دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم هنا) أى فى دار الإسلام (ثم ظهر) على البناء للمفعول (على دارهم فذلك كله فىء .

أى فى الأراضى والجزية والخراج (قوله ولأنه) أى ولأن ما أوجف عليه المسلمون من المال . وقوله (من غير قتال) يعنى بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين (بخلاف الغنيمة لأنه) أى الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغانمون الباقى بمعنى) وهو مباشرة الغانمين القتال (وفى هذا) أى فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ماذكرناه)

أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع ، وكذلك ما فى بطنها لوكانت حاملا لما قلنا من قبل : وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا الإسلام أبيه إذا كان فى يده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك ، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقى الكل فيئا وغنيمة (وإن أسلم فى دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون) تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة (وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له) لأنه فى يد محترمة ويده كيده (وما سوى ذلك فئ) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا . وأما المال الذى فى يد الحربى فلأنه لم يصر معصوما لأن يد الحربى ليست يدا محترمة (وإذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شىء عليه إلا الكفارة فى الخطأ) وقال الشافعى : تجب الدية فى الخطإ والقصاص فى العمد لأنه أراق دما معصوما (لوجود العاصم وهو الإسلام) لكونه مستجلبا للكرامة ، وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها

أما المرأة والأولاد الكبار فإنهم حربيون وليسوا بأتباع) للذى خرج لأنهم كبار (وكذا ما فى بطنها لو كانت حاملا) يكون فيئا مرقوقا (لما قلنا) فى باب قسمة الغنائم من أنه جزؤها (وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا لإسلام أبيه إذا كان فى يده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك ، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه) بالإسلام (لاختلاف الدارين فبقى الكل فيئا . فأما إذا أسلم فى دار الحرب ثم جاء) إلينا (فظهر على الدار) وباقى الصورة بحالها (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم) ولو كان فى بلدة أخرى غير البلدة التى هم فيهما (إذ الدار واحدة ، وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لأنه فى يد محترمة ويده كيده) لأنه نائب عنه فى الحفظ ، بخلاف ما لو كان فى يدهما غصبا فإنه يكون فيئا لعدم النيابة . وعند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئا إلا ما كان من غصب عند حربى وهو قول الأئمة الثلاثة ، وتقدمت هاتان المسألتان مع أخريين فى باب الغنائم مستوفى (قوله وإذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (فلا شىء على القاتل إلا الكفارة فى الخطأ . وقال الشافعى : تجب الدية فى الخطإ والقصاص فى العمد) وهو قول مالك وأحمد (لأنه أراق دما معصوما) بالإسلام (لكون الإسلام مستحقا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها) العصمة (المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) أى بالعصمة .

يعنى قوله أنه مال مأخوذ بقوّة المسلمين فلا معنى لإيجاب الخمس (قوله لما قلنا من قبل) أى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فىء لأنها كافرة حربية الخ . وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر (قوله وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا) إنما قيد بالإيداع لأنه إذا كان غصبا فى أيديهما يكون فيئا لعدم النيابة (قوله فلما قلنا) إشارة إلى قوله حربيون كبار وليسوا بأتباع (قوله وإذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شىء عليه إلا الكفارة فى الخطإ . وقال الإمام الشافعى رضى الله عنه : تجب الدية فى الخطإ والقصاص فى العمد لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلبا للكرامة) وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتعلق بما له أثر فى استحقاق الكرامات وهو الإسلام إذ به تحصل السعادة الأبدية لا بالدار التى هى جماد لا أثر لها فى استحقاق الكرامة ، ومن أراق دما معصوما إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة ، وإن كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك فى دار الإسلام (وهذا) أى وجوب الدية فى الخطأ ، والقصاص فى العمد إنما كان مبنيا على وجود العاصم الذى هو الإسلام (لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها)

وهي ثابتة إجماعا، والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الأصل. ولنا قوله تعالى ـ فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ـ الآية ، جعل التحرير كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ، ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية

ولوقال به ، أي بالإثم لكان أحسن (و) العصمة (المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أي بالتقوم على المنتهك لها (فتتعلق) هذه العصمة (بما علق به الأصل) أعني المؤثمة . وقال النبيّ صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » فتنصرف العصمة إلى كمالها وذلك بالمقوّمة والمؤثمة . ولنا قوله تعالى ـ فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ـ فإنه في القتل الخطإ ، ولم يستدل على منع القصاص في العمد اكتفاء بما ذكر في المسئلة من دلالة الآية لأنه تعالى أفاض في تفاصيل موجبات القتل الخطإ فقال سبحانه وتعالى ـ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ـ فأوجب الدية والكفارة ثم قال ـ فإن كان ـ أي المقتول ـ من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة ـ واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لأنه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدوّ لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب وإلا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه ، وزاد المصنف وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا إلى حرف الفاء ، وقرر بأن الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزى فلان : أي كفى وهو سهو لأن لفظ الجزاء المجعول معنى الفاء لفظ اصطلاحي : أي جعلي لا أن اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي ، بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء : أي دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتأمل (ولأن العصمة المؤثمة) في الأصل (بالآدمية) لا بوصف الإسلام

فإن من علم أنه يأثم بقتل ينزجر عنه نظرا إلى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهي ثابتة) فيما نحن فيه (إجماعا) فإنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلما في أي موضع كان (والعصمة المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان ذلك أكمل وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم دون المال ، فكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التي هي المؤثمة (فتتعلق بما تعلق به الأصل) وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالإسلام ، فالعصمة المقوّمة كذلك ، فتجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا (ولنا قوله تعالى ـ فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ـ) وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يؤوّل هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا ، وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضا . ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين المؤمن الذي في دار الإسلام وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل ، فجعل الحكم في الأوّل الدية والكفارة بقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ـ وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين : أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فإنه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا ، فإذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة . والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره ، وذلك يقتضي انتفاء غيره لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان كل الحكم بلا إخلال ، فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان . وقوله (ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقوّمة الموجبة للدية

(قوله والعصمة المؤثمة تعلقت بالإسلام الخ) أقول : لم يظهر مما ذكره كون وجوب القصاص مبنيا على وجود العاصم الذي هو الإسلام .
(قوله فإذا كان كافيا الخ) أقول : قد تمسك الشارح فيما سبق بالاستقراء في كتاب الحدود فراجعه .

لأن الآدمي خلق متحملا أعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها . أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوّم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس ، لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ، ثم العصمة المقوّمة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها . والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال إليها

(لأنه خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها) لايمكن إلا مع (حرمة التعرض له) وإنما زالت بعارض الكفر فإذا انتفى عادت بخلاف الأموال لأنها بحسب الأصل مباحة لأنها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقوّمة بالعكس فالأموال هي الأصل فيها لا النفوس (لأن التقوّم يؤذن بجبر الفائت) ومن شرطه التماثل وهو في الأموال لا النفوس ، فكانت النفوس تابعة في العصمة المقوّمة للأموال (ثم العصمة المقوّمة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة ، فكذا في النفوس إلا أن الشرع أبطل اعتبار منعة الكفر) فأوجب بطلانها . فإن قيل : او صح ماذكرتم لزم في المرتد والمستأمن إذا قتلا في دارنا الدية . أجاب بأنهما (من أهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال إليها) فلم يجب شي . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « عصموا مني دماءهم » فنقول : لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها إلا بدليل ، ولو سلمنا ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام « إلا بحقه » ومن حقه أن يكونوا في دارنا لا يكثرون

في دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقوّمة ليست بوصف كمال في العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها . وبيان ذلك أن العصمة المؤثمة بالآدمية (لأن الآدمي خلق متحملا أعباء التكاليف) أي أثقالها ، ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام بأعباء التكاليف (والقيام بها بحرمة التعرض) أي إنما يتحقق له القيام بها إذا كان حرام التعرض ، فالآدمي وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقا ، إلا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر ، فإذا زال الكفر بالإسلام عاد إلى الأصل (والأموال تابعة لها) أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لأنها خلقت في الأصل مباحة ، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمية (أما العصمة المقوّمة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت) لأن المتقوّم هو الشيء الذي يكون واجب الإبقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أي جبر الفائت (في الأموال دون النفوس) لأنه إنما يحصل بالمثل صورة ومعنى أو معنى فقط ، ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لاصورة ولا معنى على ماعرف في الأصول (فكانت النفوس تابعة) للأموال في العصمة ، ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شيء والعصمة المقوّمة أصل مستقل في شيء آخر ، وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه ، ثم العصمة المقوّمة في الأموال بالإحراز بالدار لأنها عزة والعزة بالمنعة ، فالعصمة المقوّمة في الأموال بالمنعة والدار إنما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها ، وإذا كانت العصمة المقوّمة في الأموال بالمنعة فكذلك في النفوس لأنها تابعة لها لما ذكرنا ، لكن لامنعة لدار الحرب لأن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب إبطالها ، وإذا لم يكن منعة لايوجد الإحراز ، وإذا لم يوجد الإحراز لاتوجد العصمة المقوّمة ، وإذا لم توجد العصمة المقوّمة لاتجب الدية ، وهذا في غاية التحقيق ، ، خلا أنه توهم أن لايملكوا أموالنا بالإحراز إلى الدار كما قال به الإمام الشافعي رضي الله عنه . ودفعه بأن معنى قولنا إن الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم ، وأما إذا وقع خروجهم إلى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر ، وذلك يوجب الملك لامحالة . وقوله (والمرتد والمستأمن) جواب عما يقال إنهما محرزان بدار الإسلام ذاتا فيجب أن يتقوّما ولم يتقوما حتى لاتجب الدية

(ومن قتل مسلما خطأ لا ولىّ له أو قتل حربيا دخل إلينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة) لأنه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ، ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لاوارث له (وإن كان عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية) لأن النفس معصومة والقتل عمد والولىّ معلوم وهو العامة أو السلطان. قال عليه الصلاة والسلام «السلطان ولىّ من لا ولىّ له » وقوله وإن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد وهو القود عينا ، وهذا لأن الدية أنفع فى هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لأن الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض .

سواد العدو إلا أن هذا لاينتهض فى الأسير المسلم (قوله ومن قتل مسلما خطأ لاولىّ له أو قتل حربيا دخل دار الإسلام بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة لأنه قتل نفسا معصومة) بالإسلام وداره (خطأ ، ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لا وارث له) بالفرض لا أن المأخوذ يملكه هو بل يوضع فى بيت المال وإن كان) قتل المسلم الذى لاوارث له والمستأمن الذى أسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بأن لم يكن معه ولد صغير دخل به إلينا (عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية) منه بطريق الصلح لا الجبر (لأن موجب العمد عندنا القصاص عينا) إلا أن يتصالحوا على الدية ، وإنما كان للسلطان ذلك لأنه هو ولىّ المقتول (قال عليه الصلاة والسلام « السلطان ولىّ من لاولى له ») وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث فى باب الأولياء والأكفاء من هذا الكتاب فارجع إليه . والدية وإن كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود إليهم من قتله منفعة أخرى هى أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو أنفع فى رأيه ، وبما ذكرنا ظهر أن الأولى أن يقول : وهذا لأن الدية قد تكون أنفع وإلا كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لأن ولايته على العامة نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا إشكال فى وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ، ولو كان القتل عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء صالحه على الدية كالتى قبلها ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : عليه الدية فى ماله ولا أقتله لأنه لايخلو عن ولىّ كالأب ونحوه إن كان ابن رشدة ، وكالأم إن كان ابن زنا ، فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذى قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء . ولهما أنه لايعلم له ولىّ ولا هو فى مظنته ، واحتمال كونه له فى نفس الأمر لايفيد إذ لاينتفع به فكان وجوده وعدمه فى نفس الأمر سواء لأنه لايقدر على الانتفاع فيستوفى .

بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر ، وأما المرتد فكذلك لأنه يقصده هربا من القتل وقوله (ومن قتل مسلما خطأ الخ) واضح . واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما فى المكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث . وأجيب بأن الإمام هاهنا نائب عن العامة فصار كأن الولىّ واحد ، بخلاف مسئلة الكتاب .

(باب العُشْر والخَراج)

قال (أرض العرب كلها أرض عشر ، وهى مابين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام

(باب العُشْر والخَراج)

لما ذكر مايصير به المستأمن ذميا ذكر ماينوبه من الوظائف المالية إذا صار ذميا وذلك هو الخراج فى أرضه ورأسه ، وفى تفاريعهما كثرة فأوردهما فى بابين ، وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان بعرض قريب ، ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميا الوظيفة الأرض لأنها السبب فى الخراج والعشر جميعا ، وقدم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة . والعشر لغة واحد من العشرة ، والخراج مايخرج من نماء الأرض أو نماء الغلام ، وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس ، وحدد الأراضى العشرية والخراجية أوّلا لأنه حينئذ أضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهومابين العذيب) وهو ماء لتميم وذكر ضمير الأرض باعتبار خبره وهو لفظ «ما» فى قوله ما بين العذيب (إلى أقصى حجر باليمن) وفى بعض النسخ وهى على الظاهر ، وحجر بفتح الجيم وإسكانها خطأ لأن أبا يوسف قال : حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن ، فعرف أنه حجر بالفتح ، والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ، ومهرة حينئذ فى آخر موضع من اليمن . وقولهم من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ماوراء أرض الكوفة ، هذا طولها ، وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف الشام : أى قراها ، وقد يعبر بمنقطع السماوة . قال الكرخى : وهى أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية . والحجاز هو جزيرة العرب سمى جزيرة لأن بحر الحبش وبحر فارس

(باب العُشْر والخَراج)

لما ذكر مايصير به الحربى ذميا شرع فى بيان الخراج الذى يجب عليه ، وذكر العشر استطرادا لأن سبب كل واحد منهما هو الأرض النامية ، وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الإسلامية . والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة ، والخراج اسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ، ثم سمى ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رءوسهم : يعنى الجزية . والعذيب ماء لتميم ، والحجر بفتحتين بمعنى الصخر لأنه وقع فى أمالى أبى يوسف : الصخر موضع الحجر ، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرّف . ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل ، وقيل اسم قبيلة ينسب إليها الإبل المهرية سمى ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن ، وهذا طولها ، ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع إلى مشارف الشام : أى قراها عرضها ، والسواد : أى أراضى سواد العراق : أى قراها سمى بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه ، وحده عرضا من العذيب إلى عقبة حلوان وهو اسم بلد ، ومن الثعلبية وهى منازل البادية إلى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله . وقيل فى موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام ، وهى قرية موقوفة على

(باب العُشْر والخَراج)

(قوله وذكر العشر استطرادا الخ) أقول : فيه عنونة الباب بما ليس مقصودا منه ، وقد استقبحه الشريف الجرجانى فى أول مباحث الكليات من حاشية المطالع (قوله إلى مشارف الشام) أقول : المشارف بالفاء .

والسواد أرض خراج ، وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ، ومن الثعلبية ويقال من العلث إلى عبادان) لأن النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ، ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم ، وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ، ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص ، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام . قال (وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رءوسهم الخراج فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل. قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر) لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة ، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج .

والفرات أحاطت بها ، وسمي حجازا لأنه حجز بين تهامة ونجد (والسواد) أي سواد العراق : أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره . وحده (من العذيب إلى عقبة حلوان) عرضا (ومن العلث إلى عبادان) طولا (ويقال من الثعلبية إلى عبادان) قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير . إذا عرف هذا فأرض العرب كلها عشرية (لأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف ، فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع (ولأن شرط الخراج أن يقر أهلها) عليها (على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام) وإلا يقتلون ، ولأنه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم ، وسواد العراق المحدد المذكور خراجي (لأن عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين ، وإنما يحتاج إلى ذلك في تقدير الموضوع . وقوله (ووضع على مصر الخ) أسند الواقدي إلى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رءوسهم والخراج على أراضيهم ، ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك ، وأسند أيضا إلى عمرو بن الحرث قال : كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها إلى عمر رضي الله عنها كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه ، ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه ويشدد عليه . وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحا على يدي عمر وابن العاص ، وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف . قيل ومدن الشام فتحت صلحا وأراضيها عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد ، وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه ، وفي دالها الفتح في المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم) فيها بالرهن والهبة (لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رءوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقدمناه من قبل) في باب قسمة الغنائم ، ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين ، فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فأحرزوا ملكهم فيها (أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة ، ولأنه أخف حيث يتعلق) الواجب (بنفس الخارج) فلا يؤخذ

العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة ، وكلامه واضح . وقوله (قدمناه من قبل) يعني في أول باب الغنائم .

(وكل أرض فتحت عنوة فأقرّ أهلها عليها فهى أرض خراج) وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ، ومكة مخصوصة من هذا ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج (وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهى أرض خراج ، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر) لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر أو بماء الخراج .

مالم يكن خارجا فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة وأقرّ أهلها عليها فهى أرض خراج ، وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) لأن فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وإن لم يزرع ، وفيه نظر نذكره فى آخر الفصل إن شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم (فإنها فتحت عنوة على ما أسلفناه فى باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه أنها فتحت عنوة (ولم يوظف عليها خراجا) ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما فى باب الغنائم . أخرج مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه ذكر فتح مكة فقال «أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة ، فبعث الزبير رضى الله عنه على إحدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الأخرى وبعث أبا عبيدة على الحسر وأخذوا من بطن الوادى ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتيبة ، قال : فنظر إلىّ وقال : ياأبا هريرة قلت لبيك يارسول الله ، قال : اهتف لى بالأنصار فلا يأتينى إلا أنصارى ، فهتف بهم فجاءوا فأطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم ووبشت قريش أوباشها ، فقال لهم : ألا ترون إلى أوباش قريش وأتباعهم ، ثم قال بيده فضرب بإحداهما على الأخرى وقال : احصدوهم حصدا حتى توافونى على الصفا ، قال أبو هريرة : فانطلقنا فما شاء أحدنا أن يقتل من شاء منهم إلا قتله» الحديث بطوله ، فاضمم هذا إلى ما هناك . وقد ذكر القتبى ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر أن الأهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة لعمر رضى الله عنه على يدى أبى موسى وعثمان بن أبى العاص وعتبة بن غزوان ، وكانت أصبهان على يدى أبى موسى خاصة ، وأما خراسان ومرورود فتحتا صلحا فى خلافة عثمان على يدى عبد الله بن عامر بن كريز ، وأما ما وراءهما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان ابن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يدى المهلب بن أبى صفرة وقتيبة بن مسلم . وأما الرى فافتتحها أبو موسى فى خلافة عثمان صلحا ، وفى ولايته فتحت طبرستان على يدى سعيد بن العاص صلحا ، ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة . وأما جرجان ففى خلافة سليمان ابن عبد الملك سنة ثمان وتسعين ، وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر فى خلافة عثمان صلحا . وافتتح الجبل كله عنوة فى وقعة جلولا ، ونهاوند على يدى سعد والنعمان بن مقرن . وأما الجزيرة ففتحت صلحا على يدى عياض بن غنم والجزيرة مابين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة ، وأما هجر فأدوا الجزية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكذا دومة الجندل ، وأما اليمامة فافتتحها أبو بكر رضى الله عنه . وأما الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفى سنة ثلاث وتسعين (قوله وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار الخ) قد علم من عادة المصنف أنه إذا وقعت مخالفة بين ما فى القدورى والجامع أو زيادة فى الجامع يقول بعد لفظ

(قوله والخراج أليق به) يعنى من حيث أن فيه معنى العقوبة ، وأن فيه تغليظا لوجوبه وإن لم يزرع ، والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ . وكان القياس فى أرض مكة أن تكون خراجية لأنها فتحت عنوة : أى قهرا ، لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج ، وكما لا رقّ على العرب فكذا لا خراج فى أرضهم (قوله وفى الجامع الصغير ، إلى قوله : فهى أرض خراج) يعنى سواء قسمت بين الغانمين أو أقرّ أهلها عليها ، وذكر لفظ

قال (ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيز ها ، فإن كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهى خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية

القدورى فى الجامع الصغير إلى آخره ، وهنا المخالفة ظاهرة ؛ فإن قول القدورى : كل أرض فتحت عنوة فأقرّ أهلها عليها فهى أرض خراج مطلق ، فهو أعم من أن يصل إليها ماء الأنهار أو لا يصل بأن استنبط فيها عين ، ولفظ الجامع قيد خراجيتها بأن يصل إليها ماء الأنهار ، ونحن نقطع أن الأرض التى أقرّ أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن إلا خراجية لأن أهلها كفار . والكفار لو انتقلت إليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لاتبقى على العشرية بل تصير خراجية فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد ، فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر . ثم كونها عشرية عند محمد إذا انتقلت إليه كذلك ، أما فى الابتداء فهو أيضا يمنعه ، والعبارة التى نقلها عن الجامع فى غاية البيان ليست كما فى الهداية . فإنه قال : ولفظ الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال : كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج ، وكل شىء يصل إليها ماء الأنهار فهى أرض خراج ، وكل شىء لم يصل إليها ماء الأنهار فاستخرج فيه عين فهى أرض عشر والأراضى التى أسلم أهلها عليها فهى أرض عشر . فقوله وكل شىء يصل إليها ماء الأنهار فهى أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة ، والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى : وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج ، وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل إليها ماء الأنهار فهى أرض خراج . وحاصله تقسيم أرض الخراج إلى مافتح عنوة وإلى مالم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الأنهار . نعم يجب تقييد الأول بأن يقرّ أهلها عليها بالضرورة ، وكأن هذا معلوم ، إذ لايبتدأ المسلم فى أوّل الفتح قط بتوظيف الخراج فى الأراضى المقسومة كما يجب تقييد الأنهار فإنها لاتكون خراجية مالم تكن حولها الأنهار العظام كالنيل والفرات . والحاصل أن التى فتحت عنوة إن أقرّ الكفار عليها لايوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر ، وإن قسمت بين المسلمين لايوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهار ، وإن كان كذلك فبالضرورة يراد الأرض التى أحياها محى ، فإن التى فتحت عنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة ، والمقرر أهلها عليها ليس إلا الموات التى أحييت ، ويصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج إذا أقام أهلها عليها ، وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم إن كان صفتها أنها يصل إليها ماء الأنهار فهى خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية ، وهذا قول محمد وهو قول أبى حنيفة ، ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التى تليه فإنها هى . وحاصلها أن محمدا قال فيمن أحيا أرضا ميتة ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقى الأنهار العظام التى لايملكها أحد أو بالمطر فهى عشرية ، وإن أحياها بماء الأنهار التى شقها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهى خراجية ، لأن الاعتبار فى مثله للماء لأنه السبب لنماء الأرض ، ولأنه لايمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقى لأن السقى بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه (وعند أبى يوسف تعتبر بحيزها) أى بما يقرب منها (فإن كانت من حيز أرض الخراج : أى بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية) لأن القرب من أسباب

الجامع الصغير لهذه الفائدة (قوله ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها) قيل هذا الإطلاق محمول على المقيد ، وهو ما إذا كان المحيي مسلما ، وأما إذا كان ذميا فعليه الخراج وإن كانت من حيز أرض

(والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة لأن حيز الشيء يعطى له حكمه، كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به: وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم (وقال محمد: إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية) وكذا إن أحياها بماء السماء (وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزدجرد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامه. قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل

الترجيح فترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك، وأصله أفنية الدور أعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وهو غير مملوك له، ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر للأجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان، بل على المستأجر لأن كونه فناء بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يده في التصرف من إلقاء الطين والحفر وربط الدابة، غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فإنها عشرية عنده وإن كانت من حيز أرض الخراج لإجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك. هذا وقد ظهر من قوله ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم إلى آخره أن المراد بموضوع المسئلة: أعني قوله ومن أحيا أرضا مواتا لمسلم، ولا بد من ذلك لأنه لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أولا، وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج، وهذا لأن الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فما سقي بما حموه وجب فيه (قوله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل

العشر، وإذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بأنه إذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج، إذ الخراج يجب جبرا للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة، والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج، فلهذا يجب الخراج إذا سقاه بماء الخراج، إلى هذا أشار شمس الأئمة (قوله والبصرة عنده عشرية) جواب إشكال يرد على قول أبي يوسف فيما ذكر أن الإحياء في حيز الأرض الخراجية يجعل الأرض خراجية، والبصرة في حيز الأرض الخراجية وإن أحيا فيها مسلم يجب عليه العشر. ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك بإجماع الصحابة (قوله لأن حيز الشيء يعطى له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وإن لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه، فكذا هاهنا تعطى هذه الأرض المحياة حكم جوارها لاتصالها به، ولا يظن في إعادة قوله وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية تكرار لأن الأول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك. ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد، ويزدجرد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل إشارة إلى قوله لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها. قال (والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه) اعلم أن الخراج على نوعين: خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض (في كل

(قوله وهو السقي من ماء الخراج الخ) أقول: لا يخفى عليك أن هذا الكلام إنما يناسب مذهب محمد، وإلا فأبو يوسف لا يعتبر السقي من ماء الخراج، فلا وجه لإيراده في هذا المقام ظاهرا فتأمل.

جريب يبلغه الماء قفيز هاشمى وهو الصاع ودرهم ، ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر ، فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة مشرفا عليه ، فسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا منهم .

جريب يبلغه الماء قفيز هاشمى وهو الصاع) ثمانية أرطال خلافا لأبى يوسف . نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف : حدثنى السرى عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهما ومختوما . قال عامر : هو الحجاجى وهو الصاع انتهى . وعامر هو الشعبى . وقال محمد فى الأصل : فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففى كل جريب قفيز ودرهم فى كل سنة زرع ذلك صاحبه فى السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء ، وفيه كل سنة قفيز ودرهم فى كل جريب زرع . والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمى وهو مثل الصاع الذى كان على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال ، والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة ، قاله الطحاوى واستحسن . والدرهم مايوزن بسبعة . والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لأن ذراع العامة ست . وقوله فى الكافى ماقيل الجريب ستون فى ستين حكاية عن جريبهم فى أراضيهم وليس بتقدير لازم فى الأراضى كلها ، بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان ، فيعتبر فى كل بلد متعارف أهله يقتضى أن الجريب يختلف قدره فى البلدان ، ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير ، فإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا ، وكذا ماقيل الجريب مايبذر فيه مائة رطل ، وقيل مايبذر فيه من الحنطة ستون منا ، وقيل خمسون فى ديارهم . والمعول عليه ما فى الهداية وغيرها . وأما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شىء فيه من الخارج (وفى جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضى الله عنه) فقيد الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة فى جوانب الأرض ووسطها مزروعة فلا شىء فيها ، بل المعتبر وظيفة عمر رضى الله عنه فى الزروع ، وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ، ولو كانت الأشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهى كرم ذكره فى الظهيرية . وفى شرح الطحاوى : لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها إلى أن يطعم ، فإذا أطعم فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم ، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم وإن نقص فعليه قفيز ودرهم . وفى رواية عليه وظيفة الأرض إلى أن يطعم الكرم . ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضى الله عنه بذلك (ف) قال (إنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق) وهو الذى آخى النبى صلى الله عليه وسلم بينه وبين على بن أبى طالب رضى الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والأنصار (وجعل حذيفة مشرفا عليه فسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا ، وكان بمحضر من الصحابة رضى الله عنه من غير نكير فكان إجماعا منهم) قال شارح فى قوله ووضع على ذلك ماقلنا إنه سهو ، بل يقال ووضع ذلك على ماقلنا : أى وضع الخراج . ولا يخفى أن مرجع اسم الإشارة الست وثلاثون ألف ألف : أى

جريب) وهو أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة (قفيز هاشمى وهو الصاع) من حنطة أو شعير على ما قال الإمام قاضيخان فى فتواه أو مما يزرع فيها على ماذكر فى شرح الطحاوى (ودرهم)

ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما ، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب فى الكرم أعلاها وفى الزرع أدناها وفى الرطبة أوسطها .

وضع على الجربان المقادير التى ذكرناها ولا سهو ينسب إلى قائل هذا ، وقد تقدم رواية أبى يوسف به ، وهو منقطع ، لأن الشعبي لم يدرك عمر رضى الله عنه . واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا فى تقدير الوظيفة ، فروى ابن أبى شيبة : حدثنا على بن مسهر عن الشيبانى عن أبى عون محمد بن عبيد الله الثقفى قال : وضع عمر رضى الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهما وقفيزا من طعام ، وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أقفزة من طعام ، وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام ، وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة ، ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للأرض . ثم حدث عن أبى أسامة عن قتادة عن أبى مجلز قال : بعث عمر عثمان بن حنيف على مساحة الأرض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم ، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم ، وعلى جريب القصب ستة دراهم : يعنى الرطبة ، وعلى جريب البر أربعة دراهم ، وعلى جريب الشعير درهمين . وقال أبو عبيد فى كتاب الأموال : حدثنا هشيم بن بشير : أنبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال : لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله إلى أن قال : فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم ، وعلى جريب العنب ثمانية دراهم ، وعلى جريب القصب ستة دراهم ، وعلى الجريب من البر أربعة ، وعلى الجريب من الشعير درهمين ، وفيه قال : فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرضى به ، فقد رأيت ماهنا من الاختلاف . ومالك رحمه الله يعتبر إجارة الإمام لأنها وقف على المسلمين عنده فتفوض إلى إجارته كما هو الرسم الآن فى أراضى مصر ، فإن المأخوذ الآن بدل إجارة لاخراج ؛ ألا ترى أن الأراضى ليست مملوكة للزراع ، وهذا بعد ماقلنا إن أرض مصر خراجية ، والله أعلم كأنه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير إخلاف ورثة فصارت لبيت المال ، وينبغى على هذا أن لايصح بيع الإمام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشىء منها لأن نظره فى مال المسلمين كنظر ولى اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره إلا لضرورة عدم وجود ماينفقه سواء ، فلذا كتبت فى فتوى رفعت إلى فى شراء السلطان الأشرف برسباى رحمه الله لأرض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذى ولاه ؟ فكتبت : إذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك . وأحمد فى رواية كمالك ، وفى رواية فى جريب حنطة أو شعير درهم ، والباقى كقولنا . وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة ، وإنما اختلفت لاختلاف النواحى فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الريع فى ناحية مع ناحية ، وما قلنا أشهر رواية وأرفق بالرعية . ثم ذكر المصنف المعنى فى اختلاف الوظيفة فقال (ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة وأكثرها ريعا (والمزارع) أقلها ريعا و (أكثرها مؤنة) لاحتياجها إلى البذر ومؤن الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية فى كل عام (والرطاب بينهما) لأنها لاتدوم دوام الكرم ويتكلف فى عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة ، أصله قوله عليه الصلاة والسلام « ماسقت السماء ففيه العشر ، وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر »

(قوله فالكرم أخفها) يعنى وأكثرها ريعا لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة (والمزارع أكثرها مؤنة) لاحتياجها إلى الزراعة وإلقاء البذر فى كل عام (والرطاب بينهما) لأنها تبقى أعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع . وخراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس

قال (وماسوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة فى ذلك فنعتبرها فيما لاتوظيف فيه . قالوا : ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لايزاد عليه ، لأن التنصيف عين الإنصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين . والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر ، وفى ديارنا وظفوا من الدراهم فى الأراضى كلها وترك كذلك لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أى شيء كان . قال (فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام) والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ؛ ألا ترى إلى قول عمر : لعلكما حملتما الأرض مالا تطيق ، فقالا : لا بل حملناها ماتطيق ، ولو زدنا لأطاقت . وهذا يدل على جواز النقصان . وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند أبى يوسف لايجوز لأن عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة ، وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه)

(قوله وما سوى ذلك) أى من الأراضى التى فيها أصناف غير ماوظف فيه عمر رضى الله عنه (كالزعفران) والنخيل الملتفة (والبستان) وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار ، وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة (يوضع على ذلك بحسب الطاقة) فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ماتطيق ، ولا يزاد على الكرم ، وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر فى ذلك كله إلى غلتها ، فإن لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة أو الكرم فالكرم ، وإنما ينتهى إلى نصف الخارج (لأن التنصيف) بعد ماكان لنا أن نقتلهم ونتملك رقاب الأراضى والأموال (عين الإنصاف . قوله فإن لم تطق ماوضع عليها) بأن لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص إلى نصف الخارج ، كذا أفاده فى الخلاصة حيث قال : فإن كانت الأراضى لاتطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لايبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى . وفى هذا لافرق بين الأرضين التى وظف عليها عمر رضى الله عنه ثم نقص نزلها وضعفت الآن أو غيرها . وأجمعوا أنه لاتجوز الزيادة على وظيفة عمر رضى الله عنه فى الأراضى التى وظف فيها عمر رضى الله عنه أو إمام آخر مثل وظيفة عمر ذكره فى الكافى . وأما فى بلد لو أراد الإمام أن يبتدئ فيها التوظيف فعند أبى حنيفة وأبى يوسف لايزيد ، وقال محمد وهو قول مالك وأحمد ورواية عن أبى يوسف وقول الشافعى : له ذلك ، ومعنى هذا إذا كانت الأرض التى فتحت بعد الإمام عمر رضى الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمين وقفيزا وهى تطيقه ليس له ذلك . وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان ، وهذا يؤيده ماذكرته من حمل الأرض فى قوله فإن لم تطق ماوضع عليها على مايشمل أرض عمر رضى الله عنه ، ومنعه أبو يوسف بأن عمر رضى الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة طاقة الأرض ، فى البخارى من حديث عمرو بن ميمون : أتخاف أن تكونا حملتما الأرض مالا تطيق ، قالا : حملناها أمرا هى له مطيقة مافيها كبير فضل . وروى عبد الرزاق قال : أخبرنا معمر عن على بن الحكم البنانى عن محمد بن زيد عن إبراهيم قال : جاء رجل إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : أرض كذا وكذا يطيقون من الخراج أكثر مما عليهم ، فقال : ليس إليهم سبيل (قوله وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه)

ونحو ذلك (لأنه ليس فيه توظيف عمر) فنعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها فى الموظف ، ومن الإنصاف أن لايزاد على النصف (قوله والبستان كل أرض يحوطها حائط) ظاهر (وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه) بالاتفاق

لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج ، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج . قال (وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج) لأن التمكن كان ثابتا وهو الذى فوّته .

أما فى غلبة الماء أو انقطاعه (فلأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج) وأما فى الاصطلام فلفوت (النماء التقديرى فى بعض الحول ، وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة ، أو يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج) لأن التمكن من الزراعة قائم مقامه ، فإذا وجد الأصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالأصل . واعلم أن أكثر المشايخ حملوا المذكور فى الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا ، فإن بقى لا يسقط الخراج لأنه عطلها . وفى الفتاوى الكبرى : تكلموا أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أىّ زرع كان ، وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج . والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافى الوجه الثانى لأن إدارة الحكم على حقيقة الخارج إن أسقط الواجب منه لا يمنع الإيجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان . وأما الوجه الأول فصريح فى نفى الوجوب وإن بقى إمكان الزراعة إلى آخر السنة ، ولم يذكر كثير من المشايخ هذا ، وإعادة الزرع تستدعى مؤنا كالأول ، فإن أخرج شيئا فقصاراه أن يفى بالخراجين فأخذ الخراج إذا لم يزرع والحالة هذه تخير أصل مال الزارع وكذا إن زرع (قوله وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن) من الزراعة (كان ثابتا وهو الذى فوّته) أى فوّت الزرع وهذا بشرط التمكن كما يفيد قوله لأن التمكن كان ثابتا ، فأما إذا لم يتمكن لعدم قوّته وأسبابه للإمام أن يدفعها لغيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقى ، أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الأجرة ، أو يزرعها بنفقة من بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقى الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من المشترى . وهذا وإن كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة بإثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا فى الحجر على المكارى المفلس والطبيب

(لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج ، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة) أى استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج أيضا (لأنه فات النماء التقديرى) الذى أقيم مقام النماء الحقيقى (فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة) فإن من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لأنها لم تبق نامية فى جميع الحول (أو) يقال (يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج) يعنى أن النماء التقديرى كان قائما مقام الحقيقى ، فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به لكونه الأصل وقد هلك فيهلك معه الخراج . فإن قيل : إذا استأجر أرضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الأجرة فما الفرق بينه وبين الخراج ؟ أجيب بأن الأجر يجب إلى وقت هلاك الزرع لا بعده ، وليس الأجر كالخراج لأنه وضع على مقدار الخارج إذا صلحت الأرض للزراعة ، فإذا لم يخرج شىء جاز إسقاطه ، والأجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم تخرج . ثم قال مشايخنا : ما ذكر فى الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن تزرع الأرض ثانيا ، أما إذا بقى فلا يسقط الخراج . قال (وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج) إذا عطل الأرض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن كان ثابتا وهو الذى فوّته . قيل هذا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها ، أما إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له ، وإن شاء آجرها وأخذ ذلك من الأجرة ، وإن شاء

قالوا : من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لأنه هو الذى ضيع الزيادة ، وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى ويؤخذ منه الخراج لما قلنا ، وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها ،

الجاهل . ولو وقع البيع فى أثناء السنة فإن بقى منها قدر مايتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه وإلا على البائع ، وما عن أبى يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح أيضا . ومن فروع ذلك (ما إذا انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر) بأن كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا (أخذ منه خراج الأعلى) وهو الكرم (لأنه هو الذى ضيع الزيادة) على المسلمين قالوا : لا يفتى بهذا لما فيه من تسلط الظلمة على أموال المسلمين إذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعى يسقط عنه الخراج ، وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك فى رواية ، وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم . وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والأرض لا تخلو منها ، فإبقاء ماتقرر واجبا أولى ، ولأن وضع عمر رضى الله عنه بموافقة جماعة من الصحابة ما كان إلا ليجد الذين يجيئون من المسلمين بعد أهل الفتح مايسد حاجتهم ، وفتح هذا الباب يؤدى إلى فوات هذا المقصود ، فإن الإسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه أو تقية من الكلفة وتجشم المشاق فى الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير . قال المصنف (وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقى : قال أبو يوسف : القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسين بن على ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها . حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمى أنه قال لعمر بن الخطاب رضى الله عنه : إنى اشتريت أرضا من أرض السواد ، فقال : عمر : أنت فيها مثل صاحبها . قال البيهقى : وأخبرنا أبو سعيد ، حدثنا أبو العباس الأصم ، حدثنا الحسن بن على بن عفان ، حدثنا يحيى بن آدم قال : حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال : أسلمت امرأة من أهل نهر الملك ، فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه : إن اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها ، وإلا فخلوا بين المسلمين وبين أرضهم . وروى عبد الرزاق وابن أبى شيبة : حدثنا الثورى عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت ، فقال عمر : ادفعوا إليها أرضها تؤدى عنها الخراج . وقال ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما : حدثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدى أن دهقانا أسلم على عهد على رضى الله عنه

زرعها بنفقة من بيت المال ، فإن لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من ثمنها ، وهذا بلا خلاف وإن كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه إلحاق ضرر بواحد للعامة (قوله قالوا) يعنى المشايخ (من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر) بأن كانت الأرض صالحة للزراعة للأعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير مثلا (وجب خراج الزعفران لأنه هو الذى ضيع الزيادة ، وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) وورد بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخذوا كان فى موضعه لكونه واجبا . وأجيب بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم فى أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (قوله ومن أسلم من أهل الخراج) ظاهر .

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر فى الخارج من أرض الخراج) وقال الشافعى: يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا فى محلين بسببين مختلفين فلايتنافيان . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لايجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم»،

عنه ، فقال علىّ : إن أقمت فى أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها من أرضك ، وإن تحوّلت عنها فنحن أحق بها . وقال ابن أبى شيبة : حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبى عون محمد بن عبيد الله الثقفى عن عمر وعلىّ قالا : إذا أسلم وله أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها . قال المصنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح فى كافى الحاكم بنفى الكراهة . قيل : ولو قال من المسلم كان أولى ، وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود ، فإن الأخذ يقوم بالإمام ، وليس المقصود إفادة أنه هل يكره للإمام أخذ الخراج من المسلم ، بل المقصود إفادة حكم شراء المسلم الأرض الخراجية وتعرّضه بذلك للأخذ منه ، هل يكره له ذلك أو لا؟ فيجب لفظ للمسلم ليتعلق بالشراء فى قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة ، لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك ؛ لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة فقال : مادخل هذا بيت قوم إلا ذلوا» ظنا منهم أن الذل بالتزام الخراج ، وليس كذلك ، بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر قعدوا عن الغزو فكرّ عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لا ماذكروه ، إذ لا شك فى أنه يجوز للمسلم التزام مالايجب عليه ابتداء ؛ ألا ترى أنه لو تكفل بجزية ذمى جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر فى الخارج من أرض الخراج . وقال الشافعى) ومالك وأحمد (يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان) ذاتا ، فإن العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ، ومحلا فإن العشر فى الخارج والخراج فى الذمة ، وسببا لأن سبب العشر الأرض النامية بالخارج تحقيقا ، وسبب الخراج الأرض النامية به تقديرا ومصرفا ، فمصرف العشر الفقراء ، ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ، ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج . قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لايجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم») وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدى فى الكامل عن يحيى بن عنبسة : حدثنا أبوحنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لايجتمع على مسلم خراج وعشر»

(قوله من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتقشفة وهم طائفة من الصوفية إنه مكروه ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم رأى شيئا من آلات الحراثة فقال : «مادخل هذا بيت قوم إلا ذلوا» ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك ، بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كرّ عليهم عدوهم وجعلهم أذلة ، ولأن الصغار إن كان قائما يكون فى الوضع ابتداء وأما بقاء فلا ، بخلاف خراج الرءوس فإنه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لايبقى بعد الإسلام . (قوله وجبا فى محلين بسببين مختلفين) يعنى ولمصرفين مختلفين ، أما اختلاف المحل فلأن الخراج فى ذمة المالك والعشر فى الخارج ، وأما اختلاف السبب فلأن سبب الخراج الأرض النامية تقديرا ، وسبب العشر الأرض النامية تحقيقا ، وأما اختلاف المصرف فإن مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتنافيان) لأن التنافى إنما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم «لايجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم») رواه أبوحنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن النبى صلى الله عليه وسلم.

(قال المصنف : وأدائه للمسلم من غير كراهة) أقول : قال الإتقانى : لو قال من المسلم لكان أولى اهـ فيه تأمل .

ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما، وكفى بإجماعهم حجة ؛ ولأن الخراج يجب فى أرض فتحت عنوة ، قهرا، والعشر فى أرض أسلم أهلها طوعا ، والوصفان لايجتمعان فى أرض واحدة ، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر فى العشر تحقيقا وفى الخراج تقديرا ، ولهذا يضافان إلى الأرض ،

ويحيى بن عنبسة مضعف إلى غاية حتى نسب إلى الوضع وإلى الكذب على أبى حنيفة، وإنما رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فجاء يحيى وصله . نعم إنما روى عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه، ورواه ابن أبى شيبة عن الشعبي : حدثنا إبراهيم بن المغيرة ختن لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولى عن الشعبي قال : « لايجتمع عشر وخراج فى أرض » . وقال : حدثنا أبو نميلة، حدثنا يحيى بن واضح عن أبى المنيب عن عكرمة قال: «لايجتمع عشر وخراج فى مال ». وحاصل هذا كما ترى ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثا مرسلا. وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهبا لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال . وأما قوله (ولأن أحدا من الأئمة إلى آخره) فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع فى الأخذ عن عمر بن عبدالعزيز فلم يتم، وعدم الأخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع إلى المـالك فلم يتعين قول صحابى بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضى أن ليس عمر رضى الله عنه على منع الجمع لأنه كان متبعا له مقتفيا لآثاره، وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه فى جواب السائل فى مسئلة خمس الجزية والخراج إذا رجعت إليه يفيدك ذلك ، ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الأرض ، ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام « ماسقت السماء ففيه العشر » فإنه يقتضى أن يؤخذ مع الخراج إن كان ، ولأن تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده ؛ وسبب كل من الخراج والعشر الأرض النامية (إلا أنه يعتبر النماء فى العشر تحقيقا) لأنه اسم إضافى فما لم يتحقق خارج لايتحقق عشره (وفى الخراج تقديرا ، ولهذا يضافان إليها) فيقال خراج الأرض وعشر الأرض والإضافة دليل السببية ، وكون الأرض مع النماء التقديرى غير الأرض مع التحقيقى مخالفة اعتبارية لاحقيقية ، فالأرض النامية هى السبب ، وإذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة ، فإن السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا ، وهو مع ذلك لايقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب . وأما قوله (ولأن الخراج يجب فى الأرض إذا فتحت عنوة وقهرا ، والعشر فى الأرض إذا أسلم أهلها) عليها ، ولازم الأول الكره ولازم الثانى الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان ، فمعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة ، وهو ما إذا أقر أهلها عليها ، وكذا بعض صور العشر وهو ما إذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين ، كما أن بعض صور الخراج لايكون مع العنوة والقهر بل للصلح ، أو بأن أحياها وسقاها بماء الأنهار الصغار ، أو كانت قريبة من أرض الخراج على الخلاف ، ومع ذلك فالذى يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلىّ رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرا من أرض الخراج وإلا لنقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقضى العادة ، وكونهم فوضوا الدفع إلى الملاك فى غاية البعد، أرأيت إذا كان العشر وظيفة فى الأرض التى وظف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكلوا الأخرى إليهم ليس لهذا معنى ، وكيف وهم كفار لايؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم ، وإذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون إجماعا .

(قوله والوصفان لايجتمعان) لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر ، وإذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان
(قوله ولهذا يضافان إلى الأرض) يقال عشر الأرض وخراج الأرض .

وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرّر الخراج بتكرر الخارج فى سنة) لأن عمر لم يوظفه مكررا ، بخلاف العشر لأنه لايتحقق عشرا إلا بوجوبه فى كل خارج ، والله أعلم .

(باب الجزية)

وذكر الإسبيجابى : لايجتمع الأجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفى ، وكذا الرجم مع الجلد، وزكاة التجارة مع صدقة الفطر . والشافعى يوافق فى الجلد مع الرجم وما سواه يجمع (وكذا الزكاة مع أحدهما) أى العشر والخراج خلافا للشافعى. وصورته إذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا ، وإنما لم يعكس لأن العشر والخراج ألزم للأرض، بخلاف الزكاة فإنه يشترط فيها مالايشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة ، لأن عمر رضى الله عنه لم يوظفه مكررا) فى سنة بتكرر الخارج على الطريقة التى قدمناها ، وقد يوازى بها تعلق الخراج بالتمكن فيستويان ، فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره فى السنة ولو زرع فيها مرارا ، والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج ، فإذا عطلها لايؤخذ بشىء ، فإن أثبتت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الأغلب وهو عدم تكرر الزرع فى العام . قلنا : وكذلك ليس فى الغالب أن تعطل الأرض من الزراعة بالكلية ، ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبىّ والأراضى الموقوفة لأن وقفها إخراج من مستحق إلى مستحق وبذلك لايبطل الخراج كالبيع والهبة ، وينبغى أن يطالب بذلك الناظر .

(باب الجزية)

هذا هو الضرب الثانى من الخراج ، وقدم الأوّل لقوته ، إذ يجب أسلموا أو لم يسلموا ، بخلاف الجزية

وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أى العشر أو الخراج . صورته : رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا ، وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعى. ومفرعهما توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الأرض فلم يجتمعا فى محل واحد ، فوجوب أحدهما لايمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر . ولنا أن المحل واحد لأن كلا منهما مؤنة الأرض النامية ، وكذلك الزكاة وظيفة المال النامى وهو الأرض ، وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى ، كما لاتجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد . وإذا ثبت أنه لاوجه للجمع بينهما . قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الأرض فلا يسقطان بإسقاط المالك وهو أسبق ثبوتا من زكاة التجارة التى كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر، فإن الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافى بينهما فيجبان وإن كانا بسبب ملك واحد ، والباقى ظاهر .

(باب الجزية)

لما فرغ من ذكر خراج الأراضى ذكر فى هذا الباب خراج الرءوس وهو الجزية ، إلا أنه قدم الأول لأن

(قال المصنف : وعلى هذا الخلاف الزكاة) أقول: لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا ، وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد معه فيه ، ودلائل الطرفين مذكورة فى الشروح .

(باب الجزية)

(وهي على ضربين : جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدّر بحسب مايقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ، ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ماوقع عليه الاتفاق.

لايلزمون بها إلا إذا لم يسلموا ، ولأنه حقيقة الخراج ، لأنه إذا أطلق الخراج فإنما يتبادر خراج الأرض ، ولا يطلق على الجزية إلا مقيدا فيقال خراج الرأس ، وعلامة المجاز لزوم التقييد ، وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي فى اللغة الجزاء ، وإنما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الإذلال عند الإعطاء على ماسيعرف (وهي على ضربين : جزية توضع بالتراضي والصلح) عليها (فتتقدر بحسب ماعليه الاتفاق) فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر ، وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة فى العام على ما فى أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ،قال : «صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة ، النصف فى صفر ، والنصف فى رجب » انتهى . وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بنى تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف مايؤخذ من المسلم من المال الواجب، فلزم ذلك وتقدم تفصيله فى الزكاة . هذا ، وقد قال أبو يوسف فى كتاب الخراج وأبو عبيدة فى كتاب الأموال فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أوقية : يعنى قيمتها أوقية، وقول الولوالجي : كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهما ، والحلة ثوبان إزار ورداء ، وتعتبر هذه الحلل فى مقابلة مايؤخذ من رءوسهم وأراضيهم . قال أبو يوسف : ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رءوسهم تقسم على رءوس الرجال الذين لم يسلموا ، وعلى كل أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمى أو تغلبي ، والمرأة والصبي فى ذلك سواء فى أراضيهم ،وأما جزية رءوسهم فليس على النساء والصبيان اهـ . يعنى أن ماوقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع ، ثم إذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ، ويؤخذ الخراج من المشترى المسلم وعشران من التغلبي المشترى . وقول المصنف على ألف ومائتي حلة غير صحيح ، وكذا قوله بنى نجران ، فإن نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبي قبيلة ، فلذا كان الثابت

العشر يشاركه فى سببه ، وفى العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم . والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى ، وإنما سميت بها لأنها تجزى عن الذمى : أى تقضى وتكفى عن القتل ، فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل ، قال الله تعالى ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ـ إلى قوله ـ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ـ فإن قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره ؟ أجيب بأن الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر ، وإنما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كإسقاط القصاص بعوض ، أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق (قوله وهي على ضربين) ظاهر . ونجران بلاد وأهلها نصارى ، والحلة إزار ورداء هو المختار ، ولاتسمى حلة حتى تكون ثوبين . وقوله (ولأن الموجب هو التراضي) أى الموجب لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية ، فإن موجبه فى الأصل

(قوله أجيب بأن الجزية ، إلى قوله : كالاسترقاق الخ) أقول : هذا الجواب مع سؤاله فى شرح الإتقاني ، إلا أن الأظهر فى الجواب هو الشق الأول حيث يوهم الثاني جواز وضع الجزية على النسوان والزمن وأمثالهما ، ثم يجوز أن يجاب بأنه بدل عن النصرة لما سيجيء فليتأمل . قال المصنف (كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول : الكاف للتعليل ولذلك عطف عليه قوله ولأن الموجب الخ .

(وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرّهم على أملاكهم ، فيضع على الغنيّ الظاهر الغنى فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم فى كل شهر أربعة دراهم ، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما فى كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما فى كل شهر درهما) وهذا عندنا . وقال الشافعى : يضع على كل حالم دينارا أو مايعدل الدينار ، الغنى والفقير فى ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ « خذ من كل حالم وحالمة دينارا

فى الحديث أهل نجران (و) الضرب الثانى (جزية يبتدئ الإمام بتوظيفها إذا غلب على الكفار) ففتح بلادهم (وأقرّهم على أملاكهم) فهذه مقدرة بقدر معلوم شاءوا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا (فيضع على الغنيّ فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما) بوزن سبعة (يأخذ من أحدهم فى كل شهر أربعة دراهم ، وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما فى كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما فى كل شهر درهما) واحدا (وقال الشافعى : يضع على كل حالم) أى بالغ (دينارا) أو اثنى عشر درهما . وقال بعض مشايخهم : الإمام مخير بينهما . والدينار فى القواعد الشرعية بعشرة إلا فى الجزية فإنه يقابل باثنى عشر درهما ، لأن عمر قضى بذلك . وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار إلا بالسعر والقيمة . ويستحب للإمام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغنى أربعة دنانير . وقال مالك رحمه الله : يؤخذ من الغنى أربعون درهما أو أربعة دنانير ، ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار . وقال الثورى : وهو رواية عن أحمد : هى غير مقدرة ، بل تفوّض إلى رأى الإمام « لأنه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا بأخذ الدينار ، وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفى حلة » وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا ، وصالح بنى تغلب على ضعف مايؤخذ من المسلمين . فهذا يدل على أنه لاتقدير فيها بشىء معين بل مفوض إلى رأى الإمام حتى لو نقص عن الدينار جاز . وعن أحمد روايتان أخريان : إحداهما كقولنا ، والأخرى كقول الشافعى . وجه قوله مارواه أبو داود والترمذى والنسائى عن الأعمش عن أبى وائل عن مسروق عن معاذ قال : «بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأمرنى أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ، ومن كل أربعين مسنة ، ومن كل حالم دينارا أو عدله معافر ، من غير فصل بين غنى وفقير » . قال الترمذى : حديث حسن . وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا قال : وهو أصح . ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة . وفى مسند عبد الرزاق : حدثنا معمر وسفيان الثورى عن الأعمش عن أبى وائل عن مسروق عن معاذ رضى الله عنه أن النبىّ صلى الله عليه وسلم بعث معاذا إلى أن قال : ومن كل حالم أو حالمة دينار أو عدله معافر . وكان معمر يقول : هذا غلط ليس على النساء شىء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر

اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا . وقوله (فيضع على الغنيّ الظاهر الغنى) قال الإمام فخر الإسلام : من ملك مادون المائتين أو لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ، ومن ملك مائتى درهم فصاعدا إلى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضا فعليه أربعة وعشرون درهما ، ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا إلى مالا نهاية له وهو معتمل أيضا فعليه ثمانية وأربعون . ثم قال : وإنما شرط المعتمل لأن الجزية عقوبة فإنما تجب على من كان من أهل القتال حتى لايلزم الزمن منهم جزية وإن كان مفرطا فى اليسار . قال : والمعتمل هو الذى يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة . وكان الفقيه أبو جعفر يقول : ينظر إلى عادة كل بلد لأن عادة البلدان مختلفة فى الغنى ؛ ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعدّ من المكثرين وإن كان ببغداد أو بالبصرة لايعد من المكثرين ، وفى بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعدّ من المكثرين ، فيعتبر عادة كل بلد . وذكر هذا القول عن أبى نصر

أو عدله معافر » من غير فصل . ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لاتجب على من لايجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى ينتظم الفقير والغنيّ . ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعليّ ، ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ، ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض ،

الحالمة . وقال أبو عبيد : وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ ، إذ كان فى أول الإسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ، ويستضاء لذلك بما روى الصعب بن جثامة « أن خيلا أصابت من أبناء المشركين ، فقال عليه الصلاة والسلام : هم من آبائهم » . ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم ؟ قال : نعم فإنهم منهم ، ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر » . والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس ، وبالكسر المثل من الجنس . والمعافرى ثوب منسوب إلى معافر بنى مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره فى المغرب . وفى الفوائد الظهيرية : معافر حيّ من همدان تنسب إليه هذه الثياب المعافرية . وهذا ذكره ابن فارس فى المجمل . وفى الجمهرة لابن دريد : المعافر بفتح الميم موضع باليمن تنسب إليه الثياب المعافرية . وفى غريب الحديث للقتبى : البرد المعافرى منسوب إلى معافر من اليمن . وفى الجمهرة قال الأصمعى : ثوب معافر غير منسوب ، فمن نسب فهو خطأ عنده (ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذرارى والنساء ، وهذا المعنى ينتظم) فيه (الغنيّ والفقير) لأن كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعليّ) ذكره الأصحاب فى كتبهم عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى السواد ، فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج ، وجعلا الناس ثلاث طبقات على ماقلنا ، فلما رجعا أخبراه بذلك ، ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل عليّ كذلك . وروى ابن أبى شيبة : حدثنا عليّ بن مسهر ، عن الشيبانى ، عن أبى عون محمد بن عبيد الله الثقفى قال : وضع عمر بن الخطاب فى الجزية على رءوس الرجال على الغنيّ ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثنى عشر درهما . وهو مرسل . ورواه ابن زنجويه فى كتاب الأموال : حدثنا أبو نعيم : حدثنا مندل عن الشيبانى عن أبى عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع إلى آخره . وطريق آخر رواه ابن سعد فى الطبقات إلى أبى نضرة أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما فتح من البلاد ، فوضع على الغنيّ إلى آخره . ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام إلى حارثة بن مضرّب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثنى عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير ، فحل محل الإجماع . ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولأنه) أى الجزية (وجب نصرة للمقاتلة) أي خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار ، لأن من هو من أهل دار الإسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم إلى أهل الدار المعادين لنا لإصرارهم على الكفر ، ولهذا صرفت إلى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين ، فتختلف باختلاف حالهم لأن نصرة الغنيّ لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فإنه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه ، والمتوسط راكبا فقط ، والفقير راجلا ؛ وهذا معنى

محمد بن سلام . وقوله صلى الله عليه وسلم « من كل حالم وحالمة » معناه بالغ وبالغة (أو عدله معافر) أى أو خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافرى منسوب إلى معافر بن مرة ثم صار له اسما بغير نسبة . وذكر فى الفوائد الظهيرية معافر حى من همدان ينسب إليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله إذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ولأنه وجب نصرة للمقاتلة) وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا (كما فى خراج الأرض)

وهذا لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته، فكذا ماهو بدله ،وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا ، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة .وإن كانت لايؤخذ منها الجزية .

قول المصنف (وذلك) أى النصرة (يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ماهو بدله) يعنى الجزية ، وإلحاقا بخراج الأرض فإنه وجب على التفاوت . فأورد عليه لوكانت خلفا عن النصرة لزم أن لاتؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو بطلب الإمام منهم ذلك ، والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك . أجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للإمام تغيير المشروع . وتحقيقه أن النصرة التى فاتت نصرة المسلمين ، فنصرة الإسلام فاتت بالكفر فأبدلت بالمال ، وليس نصرتهم فى حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها . نعم سيجىء ما يفيد أن الجزية خلف عن قتلهم ، والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا . قال (وما رواه) من وضع الدينار على الكل (محمول على أنه كان صلحا) فإن اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك، وقلنا : ولأن أهل اليمن كانوا أهل فاقة والنبى صلى الله عليه وسلم يعلم فقرض عليهم ما على الفقراء ، يدل على ذلك . ماروى البخارى عن أبى نجيح قلت لمجاهد: ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال : جعل ذلك من قبل اليسار . هذا، ثم اختلف فى المراد من الغنىّ والمتوسط والفقير ؛ فقيل إن كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ، ومن كان له مائتان فصاعدا مالم يصل إلى العشرة فمتوسط ، ومن كان معتملا فهو مكتسب . وعن بشر بن غياث : من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فموسر ، وإن ملك بلا فضل فهو الوسط ، ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل : أى المكتسب . وقال الفقيه أبو جعفر : ينظر إلى عادة كل بلد فى ذلك ؛ ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعدّ من المكثرين وفى البصرة وبغداد لايعد مكثرا . وذكره عن أبى نصر محمد بن سلام ، ويعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة والمعتمل المكتسب ، والاعتمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب ؛ وقيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضا فى نصف السنة فصاعدا لايجب عليه شىء ، أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية

وقوله (ولهذا) إشارة إلى قوله ولأنه وجب نصرة للمقاتلة : يعنى وإنما قلنا إن الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لأنها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لأن كل من كان من أهل دار الإسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال ، قال الله تعالى - يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم . تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون فى سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون - لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله إلى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه المصروف إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس، ثم النصرة من المسلم تتفاوت إذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره . ثم الأصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذى قام مقامه . فإن قيل : النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة؟ أجيب بأن الخلفية عن النصرة فى حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة مالو أعاروا دوابهم للمسلمين (وما رواه محمول على أنه كان صلحا) والدليل على ذلك أنه أمر بالأخذ من النساء والجزية لاتجب على النساء .

(قوله لأنها تجب بدلا عن النصرة) أقول: من ههنا إلى قوله قام مقامه عين عبارة الإتقانى (قوله لأن كل من كان من أهل دار الإسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال ، قال الله تعالى الخ) أقول : فى الدلالة بحث (قوله فإن قيل : النصرة طاعة الخ) أقول: السؤال والجواب مذكوران فى النهاية .

قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى - من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية - الآية ، ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس . قال (وعبدة الأوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي . هو يقول : إن القتال واجب لقوله تعالى - وقاتلوهم - إلا أنا عرفنا جواز تركه فى حق أهل الكتاب بالكتاب وفى حق المجوس بالخبر فبقى من وراءهم على الأصل . ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوزضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ونفقته فى كسبه ،

كمن عطل الأرض (قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) اليهود ، ويدخل فيهم السامرة فإنهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم إلا أنهم يخالفونهم فى فروع . والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والأرمن لقوله تعالى - قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرّمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب ، ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الأوثان . وفى فتاوى قاضيخان : وتؤخذ : أى الجزية من الصابئة عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وأطلق فى أهل الكتاب فشمل أهل الكتاب من العرب والعجم . وأما المجوس عبدة النار ففى البخارى : ولم يكن عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر» وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة فى البحرين (قوله وعبدة الأوثان) بالجر : أى وتوضع على عبدة الأوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعى . هو يقول القتال واجب لقوله تعالى - وقاتلوهم - إلا أنا عرفنا جواز تركه) إلى الجزية (فى حق أهل الكتاب بالقرآن) أعنى ماتلوناه من قوله تعالى - حتى يعطوا الجزية - (وفى المجوس بالخبر) الذى ذكرناه فى صحيح البخارى (فبقى من وراءهم على الأصل . ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجامع أن كلا من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا ، وكذا الجزية (فإنه يكتسب ويؤدى إلى المسلمين)والحال أن (نفقته فى كسبه) فقد أدى حاجة نفسه إلينا أوبعضها ، فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذى

قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم (لقوله تعالى - من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية - وعلى المجوس لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) روى البخارى « أن عمر رضى الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر » وهجر اسم بلد فى البحرين (وعبدة الأوثان من العجم) وهو بالجر عطفا على أهل الكتاب ، وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الأوثان من العرب فإنه لاتوضع عليهم الجزية على ماذكر فى الكتاب (وفيه خلاف الشافعى رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لأن كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة ، وأما الجزية فلأن الكافر يؤديها من كسبه ، والحال أن نفقته فى كسبه فكان إذا كسبه الذى هو سبب حياته إلى المسلمين دارة راتبة فى معنى أخذ النفس منه حكما . ونوقض بأن من جاز استرقاقه

(قال المصنف : فإنه يكتسب الخ) أقول : دليل على اشتمال ضرب الجزية عليه (قوله فكان إذا كسبه الذى هو سبب حياته إلى المسلمين دارة راتبة فى معنى أخذ النفس منه حكما) أقول : قوله دارة حال ، وقوله راتبة حال أيضا ، وقوله فى معنى خبر كان . ثم أقول : وفى الكافى لما جاز استرقاقهم بالإجماع جاز ضرب الجزية عليهم لأنهما يعتدلان معنى ، فالرقيق يصير منا دارا كالذى ورفقه يعود إلينا دارة

(وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فىء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين) لأن كفرهما قد تغلظ ، أما مشركو العرب فلأن النبيّ صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة فى حقهم أظهر . وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعد ماهدى للإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة فى العقوبة . وعند الشافعى رحمه الله يسترقّ مشركو العرب ،

استدل به ، وذلك لأنه عام مخصوص بإخراج أهل الكتاب ، والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى ، وإنما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعا لأصولهم فى الكفر فكانوا أتباعا فى حكمهم ، فكان الجزية على الرجل وأتباعه فى المعنى إن كان له أتباع ، وإلا فهى عنه خاصة (قوله وإن ظهر عليهم) أى على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية (فهم فىء) وللإمام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا توضع) الجزية (على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما) يعنى مشركى العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا فى معنى العجم (أما العرب فلأن القرآن نزل بلغتهم فالمعجزة فى حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلأن كفرهم بعد ماهدوا للإسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة فى العقوبة) لزيادة الكفر (وعند الشافعى يسترق مشركو العرب) وهو قول مالك وأحمد لأن الاسترقاق إتلاف حكما فيجوز كما يجوز إتلاف نفسه بالقتل . ولنا قوله تعالى ـ تقاتلونهم أو يسلمون ـ أى إلى أن يسلموا . وروى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا يقبل من مشركى العرب إلا الإسلام أو السيف » وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال « أو القتل »

لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل . وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر ، وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبى فكذا بدله ، وهذا ليس بدافع بل هو مقرّر للنقض . والصواب أن قبول المحل شرط تأثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلا ، والمرأة والصبىّ ليسا كذلك لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه . وقوله (وإن ظهر عليهم) أى على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فىء) أى غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما قد تغلظ) على ماذكر فى الكتاب ، وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه إلا السيف أو الإسلام . (زيادة فى العقوبة) عليه . ولقائل أن يقول : هذا منقوض بأهل الكتاب فإنه تغلظ كفرهم ، فإنهم عرفوا النبى معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك أنكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية . وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الأوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أوطاس « لو جرى رقّ على عربى لجرى اليوم » من غير فصل بين عبدة الأوثان وأهل الكتاب . والجواب عن الأول أن القياس كان يقتضى أن لا تقبل منهم الجزية إلا أنه ترك بالكتاب بقوله تعالى ـ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ـ الآية ، وعن الثانى بأن مراده عليه الصلاة والسلام عربىّ الأصل ، وأهل الكتاب وإن سكنوا فما بين العرب

ـــ كالجزية تعود إلينا زاتباه اه . فعلم منه أن الأولى للشارح أن لا يذكر دارة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لم لا يجوز أن يقال المراد، وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كانوا من أهل النصرة ، فإنها بدل النصرة فى حق المسلمين كما سبق آنفا (قوله وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول : قوله من العرب بيان للضمير فى قوله بينهم وبين عبدة الأوثان.

وجوابه ماقلنا (وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فىء) لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه استرق* نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبىّ) لأنها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لايقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية . قال (ولا زمن ولا أعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير

مكان أو السيف . وعنه عليه الصلاة والسلام « لارقّ على عربىّ » وأخرجه البيهقى عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لو كان ثابت على أحد من العرب رق لكان اليوم » قال المصنف (وجوابه ماقلنا) يعنى من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الأخف منه (قوله وإذا ظهر عليهم) أى على مشركى العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فىء) يسترقون « لأنه عليه الصلاة والسلام استرق ذرارى أوطاس وهوازن » وأبو بكر استرق بنى حنيفة. أسند الواقدى فى كتاب الردة له فى قتال بنى حنيفة عن محمود بن لبيد قال : ثم إن خالدبن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبى ، ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والأموال والسبى ، ثم قسم السبى قسمين ، وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله . قال الواقدى : وحدثنى أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهما قالت : قد رأيت أم محمد بن علىّ بن أبى طالب وكانت من سبى بنى حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد بن الحنفية . قال : وحدثنى عبد الله بن نافع عن أبيه قال : كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبى ، وحنيفة أبو حىّ من العرب سمى به لأن جذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمى جذيمة وحنيفة بن ٧ لجيحة بن صعب بن علىّ بن بكر بن وائل . واعلم أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذرارى عبدة الأوثان لايجبرون . وأما الزنادقة قالوا : لوجاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته ، فإن أخذ ثم تاب لاتقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا جزية على امرأة وصبىّ) وكذا على مجنون بلا خلاف لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعى ، أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك (ولا على أعمى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعى تؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار (ولا) تؤخذ (من الشيخ الكبير)

وتوالدوا فهم ليسوا بعرب فى الأصل ، وإنما العرب فى الأصل عبدة الأوثان فإنهم أميون . وقوله (وجوابه ماقلنا) يريد به قوله لأن كفرهما قد تغلظ . وقوله (وإذا ظهر عليهم) أى على عبدة الأوثان من العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فىء) إلا أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام دون ذرارى عبدة الأوثان ونسائهم ، لأن الإجبار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت حكم الإسلام فى حقه ، وذرارى المرتدين قد ثبت فى حقهم تبعا لآبائهم فيجبرون عليه . والمرتدات كن مقرات بالإسلام فيجبرن عليه ، بخلاف ذرارى العبدة ونسائهم . وحنيفة أبو حىّ من العرب ، وقيل المراد ببنى حنيفة رهط مسيلمة الكذاب (وقوله لما ذكرنا) إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة فى العقوبة . وقوله (لأنها وجبت بدلا عن القتل) يعنى فى حق المأخوذ منه (أو عن القتال) أى عن النصرة فى حقنا كما تقدم ، ولا يجب البدل إلا على من يجب عليه

(قال المصنف : لأن أبا بكر رضى الله عنه) أقول : الدليل أخص من المدعى ويمكن التعميم بالقياس . (قال المصنف : استرق نسوان بنى حنيفة) أقول : قال فى القاموس : حنيفة كسفينة لقب أثال بن لجيم أبى حى منهم. خولة بنت جعفر الحنفية أم محمد بن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه .

لما بينا . وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتمل) خلافا للشافعي . له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه . ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ، ولأن خراج الأرض لايوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخرج ، والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني لاتجب فلاتجب بالشك (ولا يؤدى عنهم مواليهم)

الذى لا قدرة له على قتال ولا كسب (وعن أبي يوسف تؤخذ منه إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأى) في الحرب . وجه الظاهر أنه لايقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله (لما بينا) والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة (قوله ولا على فقير غير معتمل) أى الذى لايقدر على العمل وإن أحسن حرفة ، وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته (له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « خذ من كل حالم » (ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل) أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه . وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال : حدثنا الهيثم بن عدى عن عمر بن نافع قال : حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال : أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل ، فقال له مالك ؟ قال : ليس لى مال وإن الجزية تؤخذ مني ، فقال له عمر : ما أنصفناك ، أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لايأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولأن خراج الأرض كما لايوظف على أرض لاطاقة لها فكذا خراج الرأس) بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوى (والحديث محمول على المعتمل) بالمعنى الذى ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالإجماع جمعا بين الدليلين . فإن قلت : ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل . قلنا : قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثنى عشر درهما أخرجه البيهقي . لايقال : فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به . لأنا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ، ثم إنما توظف على المعتمل إذا كان صحيحا في أكثر السنة وإلا فلا جزية عليه لأن الإنسان لايخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو مانقص عن نصف العام (قوله ولاتوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا) وعلى الاعتبار الأول تجب لأن المملوك الحربي يقتل (وعلى الاعتبار الثانى لاتجب) لأن المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الأصل في حقه فامتنع الخلف لأن شرطه انتفاء الأصل وإمكانه فدار بين الوجوب وعدمه (فلا تجب بالشك) والوجه أن يقال : إنها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا فلا يتحقق الثانى لما ذكرنا ، فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفى الجزء ؛ وهذا لما نذكره فيما يلى هذه المسئلة ، وإذا كان خلفا عن المجموع فلايحسن قوله فلاتجب بالشك بل لاتجب بلا شك ، ثم لايخفى أن ذكر أم الولد ليس على ماينبغى فإن من المعلوم أن لاجزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدى عنهم مواليهم) يعنى لما قلنا لاتوضع عليهم جاز أن يقال إنها تؤخذ من مواليهم فيؤدون

الأصل ، والأصل وهو القتل أو القتال لايتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الأهلية فكذا البدل . وقوله (لما بينا) يعنى قوله وهما لايقتلان ولايقاتلان . وقوله (له إطلاق حديث معاذ) هو قوله عليه الصلاة والسلام « خذ من كل حالم وحالمة » وقوله (وعلى اعتبار الثانى لاتجب) يعنى أن الجزية بدل عن الأمرين كما مر تقريره ، وعلى اعتبار الأول يجب وضع الجزية لأن الأصل يتحقق في حق المماليك لأن المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل أيضا ،

لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لايخالطون الناس) كذا ذكر هاهنا. وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف. وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذى ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية. ووجه الوضع عنهم أنه لاقتل عليهم إذا كانوا لايخالطون الناس. والجزية فى حقهم لإسقاط القتل، ولابد أن يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته فى أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك إذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهما. له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض

عنهم، فأزال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدى عنهم مواليهم (لأنهم تحملوا الزيادة) فى الجزية حتى لزمهم جزية الأغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم عنهم شيء آخر وإلا كانوا ملزمين بجزيتين، ويقرر بوجه آخر وهو أنهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شيء آخر، وهذا بناء على أن غنى الملاك بهم لأنهم مال ويجرون المال بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب، وقد يقال للواحد رهبان أيضا، وشرط أن لايخالط الناس، ومن خالط منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القدورى (وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف. ووجه الوضع أنه الذى ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الخراج) من الزراعة (ووجه وضع الجزية عنهم أنه لاقتل عليهم إذا كانوا لايخالطون الناس والجزية فى حقهم لإسقاط القتل) ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعى على ماتقدم أنها عندنا بدل عن نصرتهم التى فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل، فأفاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم إيانا فتى تخلف أحدهما انتفى وجوبها. وعن محمد لاجزية على السياحين. قيل يجوز أنه أراد من لايقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا، ويجوز أن يقول هو من لايخالط الناس ومن لايخالط الناس لايقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بأن أسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه، وكذا إذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهما) وكذا لو مات فى أثناء السنة أو أسلم. وفى أصح قولى الشافعى لايسقط فيهما أيضا قسط مامضى، وعلى هذا الخلاف لو عمى أو زمن أو أقعد أو صار شيخا كبيرا لايستطيع العمل أو افتقر بحيث لايقدر على شيء (له أن الجزية وجبت بدلا عن العصمة) التى ثبتت للذمى بعقد الذمة كما هو قول للشافعى (أو) بدلا (عن السكنى) فى دار الإسلام كما هو قول آخر له (وقد وصل إليه المعوض) وهو حقن دمه وسكناه إلى

وعلى اعتبار الثانى لايجب لأن العبد لايقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله. وقوله (لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم) أى صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل، فلو قلنا بوجوبها على الموالى بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لايجوز. وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح. قال (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) إذا أسلم من عليه الجزية أو مات كافرا أو عمى أو صار زمنا أو مقعدا أو شيخا كبيرا لايستطيع العمل أو فقيرا لايقدر على شيء وبقيت عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة أو بعدها (خلافا للشافعى رحمه الله. له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض) وكل ما وجب بدلا عن شيء

(قال المصنف: ومن أسلم، إلى قوله: خلافا للشافعى فيهما) أقول: فى وجيز الشافعية: لو أسلم أو مات بعد مضى السنة استوفى. ولو مات فى أثناء السنة طولب بقسط على أحد القولين.

فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما فى الأجرة والصلح عن دم العمد . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ليس على مسلم جزية » .

الموت أو الإسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البدل دينا فى ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذى هو موته أو إسلامه كسائر الديون من الأجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أخرجه أبو داود والترمذى عن جرير عن قابوس بن أبى ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس على مسلم جزية ») قال أبو داود : وسئل سفيان الثورى عن هذا فقال : يعنى إذا أسلم فلا جزية عليه ، وباللفظ الذى فسره به سفيان الثورى رواه الطبرانى فى معجمه الأوسط عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أسلم فلا جزية عليه » وضعف ابن القطان قابوسا ، وليس قابوس فى مسند الطبرانى ، فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل إسلامه ، بل هو المراد بخصوصه لأنه موضع الفائدة ، إذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين . فالإخبار به من جهة الفائدة ليس كالإخبار بسقوطها فى حال البقاء . وهذا يخص السقوط بالإسلام والوجه يعم موته وإسلامه . وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالإسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق إذ كل منهما عقوبة على الكفر ، ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام ، وكذا خراج الأرض ، وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الإجماع ،

وقد وصل إليه المعوض (لا يسقط عنه العوض بهذا العارض) أى بالإسلام أو الموت (كما فى الأجرة والصلح عن دم العمد) فإن الذمى إذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة لأن المعوض قد وصل إليه وهى منافع الدار ، وكذا إذا قتل الذمى رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أو مات لا يسقط عنه البدل لأن المعوض وهو نفسه قد سلم له ، وإنما ردد فى قوله بدلا عن العصمة أو السكنى لاختلاف العلماء فى أن الجزية وجبت بدلا عما ذا ؟ فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة ، وبه قال الشافعى رحمه الله لأن الله تعالى أمر بالقتال ومده إلى غاية وهى إعطاء الجزية . وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى فى دار الإسلام لأنهم مع الإصرار على الشرك لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الأصل وإنما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية . وقال بعضهم : وجبت بدلا عن النصرة التى فاتت بإصرارهم على الكفر وقد تقدم ، وأعيده هاهنا توضيحا وذلك لأنهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها ، ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لأن الظاهر أنهم يميلون إلى أهل الدار المعادية لاتحادهم فى الاعتقاد فأوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف إلى المقاتلة فتكون خلفا عن النصرة . قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله وهو الأصح ؛ ألا ترى أن الجزية لا تؤخذ من الأعمى والشيخ الفانى والمعتوه والمقعد مع أنهم مشاركون فى السكنى لأنه لم يلزمهم أصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين ، فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس على مسلم جزية ») رواه ابن عباس رضى الله عنهما ، وهو مطلق فيجرى على إطلاقه ، بل الإنصاف أن المراد به بعد الإسلام لأن كل أحد يعلم أن المسلم لا تكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالإسلام ، إذ لو لم تسقط لصدق أن على هذا المسلم جزية .

(قوله باعتبار الأصل) أقول : الذى هو الإسلام لأن الدار دار الإسلام (قوله وهو الأصح الخ) أقول : بالنسبة إلى القول الثانى كما يفهم من دليله . وأيضا نحن لا ننفى كونها بدلا عن القتل (قوله وهو مطلق الخ) أقول : فينفى عنه ابتداء وبقاء .

ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهى والجزاء واحد ، وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ، ولأن شرع العقوبة فى الدنيا لايكون إلا لدفع الشرّ وقد اندفع بالموت والإسلام ، ولأنها وجبت بدلا عن النصرة فى حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام . والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمى يسكن ملك نفسه فلا

فإن عقلت حكمة فذاك وإلا وجب الاتباع . على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لاإذلال فى خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كى تبقى فى أيدينا ، والمسلم ممن يسعى فى بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لأنها ذل ظاهر وشنار . وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين . بخلاف الجزية فإنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم ، والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص (قوله ولأنها ، أى الجزية إنما (وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد) وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ، ولا شك فى انتفاء الأول ، ولذا أخذت بطريق الإذلال بل هذا ضرورى من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لابدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لايضرب من سبق موته إقامة حدّ ثبت عليه ، ولأن العقوبة الدنيوية لاتكون إلا لدفع شرّه فى الدنيا بحسب مايكون ذلك الشرّ ، والشر الذى يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والإسلام) وهذا لاينافى كونها بدلا : أى خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذى هو سبب لحرابته دفعا لها بإضعافه بأخذها منه وبدلا عن نصرته الفائتة بكفره ، وإذا كانت خلفا أيضا عن النصرة انتفت بالإسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الأصل، وقد قدر عليها بالإسلام . وأما قوله إنها بدل عن

وقوله (ولأنها وجبت عقوبة الخ) ظاهر . واعترض بأنه ألحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال : ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا فى البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الإسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلا منهما فى الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم ؟ والجواب أن أداء الجزية لم يشرع إلا بوصف الصغار ، وما شرع بوصف لايبقى بدونه على ماعرف فى الأصول ، والإسلام ينافى الصغار فتسقط الجزية به ، بخلاف الاسترقاق فإنه لم يشرع كذلك . وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله إنها وجبت بدلا عن العصمة ، ومعناه أن العصمة ثابتة للآدمى من حيث أنه آدمى لما مر أنه خلق متحملا أعباء التكاليف فلايصلح أن تكون الجزية الطارئة بدلا عنها . ولقائل أن يقول : سلمنا أنها ثابتة للآدمية ولكنها سقطت بالكفر ، فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا . والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فإما أن تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل، لاسبيل إلى الأول وهو ظاهر ، ولا إلى الثانى لأن الإسلام يغنى عنها . وقوله (والذمى يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكنى ، ومعناه أن الذمى يملك موضع السكنى بالشراء أو غيره من الأسباب ، فلا يجوز إيجاب البدل بسكناه فى موضع مملوك له ، فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالإجارة لامحالة، ويشترط فيها

(قال المصنف : ولا تقام بعد الموت الخ) أقول : يعنى من قبلنا بل الله يقيمها ، قال الله تعالى ـ ولنذيقنهم من العذاب الأدنى دون العذاب الأكبر لعلهم يرجعون ـ قال المصنف (وقد اندفع بالموت والإسلام) أقول : لم لايجوز أن يكون المقصود دفع شر غيره وذلك لايندفع بالموت (قوله والإسلام ينافى الصغار الخ) أقول : أنت خبير بأن الرق نفسه صغار بل لا صغار فوقه ، فالأولى أن يجاب بجواب غيره (قوله لما مر أنه خلق متحملا) أقول : فى أواخر باب المستأمن (قوله ولكنها سقطت بالكفر) أقول : كما سبق فى باب المستأمن (قوله لا سبيل إلى الأول وهو ظاهر (أقول : فيه بحث ؛ ألا يرى إلى قول الشافعى وقد وصل إليه المعوض .

معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى (وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت . وفى الجامع الصغير : ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يؤخذ منه وهو قول الشافعى رحمه الله (وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا ، وكذلك إن مات فى بعض السنة) أما مسئلة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف . وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق . لهما فى الخلافية أن الخراج وجب عوضا ، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين ،

العصمة فهى ثابتة بالآدمية على ماتقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية ، وقوله بدلا عن السكنى . قلنا إن الذمى يسكن ملك نفسه فلاتكون أجرة ، ولأنه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الإقامة بها ، والأحسن ترك الكلام فى إبطال الأمرين فإن العصمة الأصلية زالت بالكفر ، وهذه عصمة متجددة بالجزية ، ويكفى ماذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن إقامتها ، وهذا لأنها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعى إلى حرابته ، ولا يتمكن من إقامة هذه العقوبة على الاستمرار إلا بعصمته (فإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أى الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ، ولا داعى إلى ذلك من أول الأمر ، أو بتقدير مضاف : أى جزية حولين . ولفظ القدورى فيما ذكره الأقطع : وإن اجتمع عليه حولان (وفى الجامع الصغير : ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه ، وهذا عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يؤخذ منه : فإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا ، وكذا إن مات فى بعض السنة . أما مسئلة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف) فإذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده ، وعندهما يؤخذ منه مامضى (وقيل لاتداخل) فيؤخذ مامضى (بالاتفاق لهما فى الخلافية) وهى تداخل الجزية (أن الخراج) أى الجزية لأنها خراج الرأس (وجب عوضا . والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين) لأنه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والإذلال له

التأقيت لأن الإبهام يبطلها ، وحيث لم يشترط التأقيت فى السكنى دل على أن الجزية لم تكن بطريق الإجارة ، فإن قال قائل: كما أنه لايجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكنى .فكذلك لايجوز أن تكون بدلا عن النصرة أيضا ، ألا ترى أن الإمام لو استعان بأهل الذمة فقاتلوا معه لاتسقط عنهم جزية تلك السنة ، فلو كانت بدلا عنها لسقطت لأنه قد نصر بنفسه ؟ أجيب بأنها إنما لم تسقط لأنه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للإمام ذلك ، وهذا لأن الشرع جعل طريق النصرة فى حق الذمى المال دون النفس . قال (فإن اجتمعت عليه الحولان) أنث فعل الحولين ، إما باعتبار حذف المضاف : أى اجتمعت جزية الحولين ، وإما بتأويل السنتين ، وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل فى اللفظ ولإبهام فى قوله وجاءت سنة أخرى على مابينه ، وكلامه واضح . وقوله (وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق) يحتاج إلى بيان الفرق بينهما . والفرق أن الخراج فى حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة ، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لايتداخل ، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع فى حق المسلم أصلا والعقوبات تتداخل . وقوله (لهما فى الخلافية) أى فيما إذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضا) على ماتقدم وكل ماوجب عوضا إذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما فى سائر الأعواض

بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه . ولأبى حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على مابيناه ، ولهذا لايقبل منه لو بعث على يد نائبه فى أصح الروايات . بل يكلف أن يأتى به بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعد . وفى رواية : يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول : أعط الجزية ياذمىّ فثبت أنه عقوبة ؛ والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود ، ولأنها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا ، لكن فى المستقبل لا فى الماضى لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض . وكذا النصرة فى المستقبل لأن الماضى وقعت الغنية عنه . ثم قول محمد فى الجزية فى الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى . حمله بعض المشايخ على المضىّ مجازا .

(بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه) لأن المسلم لايجب إذلاله بل يجب توقيره ، وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتحصل منها أعواضا خلاف ماتقدم وأنه بقول الشافعى أليق . فإن أريد بالأعواض الأجزية الواقعة عقوبة تم عليهما وجه أبى حنيفة القائل : والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الإفطار فى رمضان مع أنها عقوبة وعبادة ، غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة . وقوله (ولهذا الخ) استيضاح على أنها عقوبة؛ يعنى (لو بعث بها على يد نائبه لاتقبل منه فى أصح الروايات، بل يكلف أن يأتى بها بنفسه فيعطى قائما والقابض جالس . وفى رواية : يأخذ بتلبيبه) وهو مايلى صدره من ثيابه (ويقول : أعط الجزية ياذمى) وقبولها من النائب يفوّت المأمور به من إذلاله عند الإعطاء ، قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - ووجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا ، لكن فى المستقبل) يعنى عن القتل فى المستقبل والنصرة فى المستقبل (لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض ، وكذا النصرة فى المستقبل لأن الماضى وقعت الغنية عنه) بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه إلى شىء من الأشياء . وفى المبسوط : ولأن المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره : وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة (ثم قول محمد فى الجامع : وجاءت سنة أخرى ، حمله بعض المشايخ على مضىّ السنة مجازا

وقد أمكن لأن الفرض أنه حىّ ، واستيفاء المال من الحى ممكن إذا لم يمنع منه الإسلام (بخلاف ما إذا أسلم) وقوله (ولأبى حنيفة) ظاهر . وقوله (على مابيناه) أراد به ماذكره قبل هذا بقوله ولأنها وجبت عقوبة على الكفر . ولقائل أن يقول : قد تكرر فى كلامهم أنها وجبت بدلا عن النصرة أو السكنى أو العصمة ، وتكرر أيضا فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر ؛ ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شىء فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل . والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لأن إيجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة . وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر والتلبيب أخذ موضع اللبب من الثياب ، واللبب موضع القلادة من الصدر . وقوله (ولأنها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة الملزوم ، وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر ، وقد بيناه من قبل . وقوله (حمله بعض المشايخ على المضىّ مجازا) قال الإمام فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير : اختلف مشايخنا فى قوله جاءت سنة أخرى ؛ فقال بعضهم : معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لأنها عند آخر الحول تجب ، وهذا ضرب من المجاز لأن مجىء كل شهر بمجىء أوله . وأقول فى مجوّز المجاز أن مجىء الشهر يستلزم مجىء الآخر لامحالة وذكر الملزوم وإرادة اللازم مجاز . وقال بعضهم : معناه دخول أولها لأن الجزية تجب بأول الحول والتأخير إلى آخره تخفيف وتأجيل

وقال : الوجوب بآخر السنة ، فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل . وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء . والأصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول ، وعند الشافعي فى آخره اعتبارا بالزكاة. ولنا أن ماوجب بدلا عنه لايتحقق إلا فى المستقبل على ماقررناه فتعذر إيجابه بعد مضيّ الحول فأوجبناه فى أوله .

(فصل)

(ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة فى دار الإسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا خصاء فى الإسلام ولا كنيسة » والمراد إحداثها

فقال : الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضيّ ليتحقق الاجتماع فى الحولين أو فى الجزيتين (فتتداخل ، وعند البعض هو مجرى على حقيقته) وهو أن يراد دخول أول السنة ، فإن مجيء الشهر بمجيء أوّله ، ومجيء السنة بمجيء أولها ، والأصح هو هذا (فالوجوب عندنا بأول السنة ، وعند الشافعي رحمه الله فى آخره اعتبارا بالزكاة. ولنا أن ماوجبت) الجزية (بدلا عنه) وهو النصرة (والقتل لايتحقق إلا فى المستقبل على ماقررناه) من أن القتل إنما يستوفى لحراب قائم فى الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم ، وإنما يحتاج إلى ذلك فى المستقبل ، بخلاف الزكاة لأن الوجوب فى المال النامى فلا بد من الحول ليتحقق الاستنماء فلم تجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أقيم الحول مقام النماء لأنه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا .

(فصــل)

لما كانت هذه الأحكام تتعلق بالذمى باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك: (قوله ولا يجوز إحداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة فى دار الإسلام) وهما متعبدا اليهود والنصارى ، ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود

عند أبي حنيفة ، وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضى شهر بلا ارتكاب المجاز ، وكلامه واضح . وقوله (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض الخ ، ويحتاج إلى الجواب عن الزكاة ، وهو أن الزكاة وجبت فى آخر الحول لأنها تجب فى المال النامى وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الأربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء .

(فصــل)

لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة بسكناهم فى دار الإسلام شرع فى بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة فى دار الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم « لا خصاء فى الإسلام ولا كنيسة ») والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه: إذا نزع خصيتيه ، والإخصاء فى معناه خطأ

(قال المصنف : والأصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول) أقول : سيجيء فى آخر كتاب الكراهية أن فى زماننا يؤخذ الخراج فى آخر السنة ، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح (قال المصنف : وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكاة) أقول : قال الإتقانى: قياسه ممنوع لأن الزكاة تجب بأول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف اهـ . قال الزيلعى : ولا يلزمنا الزكاة لأنها إنما وجبت فى آخر الحول ليتحقق النماء أو هى لاتجب إلا فى المال النامى اهـ .

(فصــل)

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة فى دار الإسلام

(وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لأن الأبنية لاتبقى دائما ، ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة إلا أنهم لايمكنون من نقلها لأنه إحداث فى الحقيقة ،

والبيعة لمتعبد النصارى، وفى ديار مصر لايستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ، ولفظ الدير للنصارى خاصة : وقيد المصنف عموم دار الإسلام بالأمصار دون القرى لأن الأمصار هى التى تقام فيها الشعائر ، فإحداثها فيها معارضة بإظهار مايخالفها فلا يجوز، بخلاف القرى . ثم ذكر أن فى قرى ديارنا أيضا لاتحدث فى هذا الزمان. ثم قال القدورى (وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لأن الأبنية لاتبقى دائما، ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة ضمنا غير أنهم لايمكنون من نقلها من مكان إلى آخر لأنه إحداث) فى ذلك المكان المنقول إليه فلا يجوز ، وفى هذا التعليل إشارة إلى أن ذلك إذا كان بإقرار الإمام إياهم على ذلك ، وذلك إذا صالحهم على إقرارهم على أراضيهم سواء كان إماما فى زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم. قيل أمصار المسلمين ثلاثة : أحدها مامصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط ، فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة بإجماع أهل العلم، ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس. وثانيها مافتحه المسلمون عنوة فلايجوزفيها إحداث شيء بالإجماع ،وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه ؟ فقال مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية يجب . وعندنا جعلهم ذمة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لاتهدم ، وهو قول للشافعى ورواية عن أحمد ، لأن الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولاديرا ، ولم ينقل ذلك قط . وثالثها مافتح صلحا، فإن صالحهم على أن الأرض لهم والخراج لنا جاز إحداثهم ، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم فى الكنائس على مايوقع عليه الصلح ، فإن صالحهم على شرط تمكين الإحداث لايمنعهم ، إلا أن الأولى أن لايصالحهم إلا على ما وقع عليه صلح عمر رضى الله عنه من عدم إحداث شيء منها ، وإن وقع الصلح مطلقا لايجوز الإحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالإجماع انتهى . وقوله يمنعون من شرب الخمر : أى التجاهر به وإظهاره: وفى المحيط : لو ضربوا الناقوس فى جوف كنائسهم لايمنعون انتهى . وقال محمد : كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التى يحرمونها فى دينهم يمنعون منه . وكذا عن المزامير والطنابير والغناء . ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن . واعلم أن البيع والكنائس القديمة فى السواد لاتهدم على الروايات كلها ، وأما فى الأمصار فاختلف كلام محمد ، فذكر فى العشر والخراج تهدم القديمة ، وذكر فى الإجارة أنها لاتهدم وعمل الناس على هذا ، فإنا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وأزمان وهى باقية لم يأمر بهدمها إمام فكان متوارثا من عهد الصحابة رضى الله عنهم ، وعلى هذا لو مصرّنا برية فيها دير

ذكره فى المغرب ، والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هى أن إحداث الكنيسة فى دار الإسلام إزالة لفحولية أهل داره معنى ، كما أن الخصاء إزالة لفحولية الحيوان إن كان الخصاء على حقيقته ، وإن كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « ولا كنيسة » إحداثها فهو نفى بمعنى النهى : أى لاتحدث كنيسة فى دار الإسلام ، ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم ، وكذا البيعة كان مطلقا فى الأصل ،

(قوله والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة ، إلى قوله : فالمناسبة ظاهرة) أقول : فحينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام « لارهبانية فى الإسلام » .

والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة ، بخلاف موضع الصلاة فى البيت لأنه تبع للسكنى ، وهذا فى الأمصار دون القرى ، لأن الأمصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض بإظهار ما يخالفها . وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى أيضا لأن فيها بعض الشعائر ، والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة . وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها

أو كنيسة فوقع فى داخل السور ينبغى أن لا يهدم لأنه كان مستحقا للأمان قبل وضع السور ، فيحمل ما فى جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لأنها كانت فضاء فأدار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس، ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهارا فى جوف المدن الإسلامية ، فالظاهر أنها كانت فى الضواحى فأدير السور عليها فأحاط بها ، وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن فى دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لا تهدم ،لأنها إن كانت فى أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها ، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب ، وإن عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الإظهار ، وانظر إلى قول الكرخى : إنهم إذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا فى كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا ، فأما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر فى المصر فليس لهم ذلك ، ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم ، واستدل المصنف على عدم الإحداث بقوله صلى الله عليه وسلم « لا خصاء فى الإسلام ولا كنيسة » . قال المصنف رحمه الله : المراد إحداثها ، وهذا لأن البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة فى الصلح . وفى رواية البيهقى تصريح بذلك فى سننه عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا خصاء فى الإسلام ولا بنيان كنيسة » وضعفه . ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام : حدثنا عبيد الله بن صالح ، حدثنا الليث بن سعد ، حدثنى توبة بن النمر الحضرمى قاضى مصر عمن أخبره عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا خصاء فى الإسلام ولا كنيسة » قال : وروى أبو الأسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبى الخير قال : قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لا كنيسة فى الإسلام ولا خصاء . وروى ابن عدى فى الكامل بسنده إلى عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبنى كنيسة فى الإسلام ولا يبنى ما خرب منها » وأعل بسعيد بن سنان ، وإذا تعددت طرق الضعيف يصير حسنا . ثم قيل : المراد بالخصاء نزع الخصيتين ، وقيل كناية عن التخلى عن إتيان النساء (والصومعة) وهو ما يبنى (للتخلى) عن الناس والانقطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع أيضا وكذا يمنع بيت نار . (والمروى عن صاحب المذهب) يعنى أبا حنيفة رضى الله عنه كان (فى قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل ذمة) بخلاف قرى المسلمين اليوم ، ولذا قال شمس الأئمة فى شرحه فى كتاب الإجارات : الأصح عندى أنهم يمنعون عن ذلك فى السواد وإن كان هو فى السير الكبير قال : إن كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون ، وأما القرية التى سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا ، فصار إطلاق منع الإحداث هو المختار فصدق تعميم القدورى منعها فى دار الإسلام (قوله وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها) فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لأنهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة فى إقرارها ، إلا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها

ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى. وقوله (والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة) أى لا يمكنون من إحداث الصومعة التى يتخلون فيها أيضا للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أى صلاة الذمى (فى البيت) فإنهم يمكنون من ذلك (لأنه تبع للسكنى) وقوله (والمروى عن صاحب المذهب) أى عن أبى حنيفة رضى الله عنه،

لقوله عليه الصلاة والسلام « لايجتمع دينان في جزيرة العرب » . قال (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلايركبون الخيل ولايعملون بالسلاح . وفى الجامع الصغير : ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التى هى كهيئة الأكف) وإنما يؤخذون بذلك إظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ، ولأن المسلم يكرم والذمى يهان ، ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق ، فلو لم تكن

خمر ولا فى قرية منها ولا فى ماء من مياه العرب ويمنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا ، بخلاف أمصار المسلمين التى ليست فى جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف فى ذلك . وذلك (لقوله صلى الله عليه وسلم « لايجتمع دينان فى جزيرة العرب ») أخرج إسحاق بن راهويه فى مسنده : أخبرنا النضر بن شميل ، حدثنا صالح بن أبى الأحوص ، حدثنا الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى مرضه الذى مات فيه « لايجتمع دينان فى جزيرة العرب » ورواه عبد الرزاق قال : أنبأنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايجتمع بأرض العرب ، أو قال بأرض الحجاز دينان » ورواه فى الزكاة وزاد فيه : « فقال عمر لليهود : من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به ، وإلا فإنى مجليكم ، قال : فأجلاهم عمر » . وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك فى مرض موته . قال الدارقطنى فى علله : هذا صحيح ، ورواه مالك فى الموطإ . قال مالك : قال ابن شهاب : ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لايجتمع دينان فى جزيرة العرب » فأجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك . وفى صحيح البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما « لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال : أخرجوا المشركين من جزيرة العرب » وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق فى الطول ، وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام ، وسميت جزيرة لانجزار المياه التى حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات . وقيل لأن حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات . وقال الأزهرى : سميت بذلك لأن بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبها الجنوبى ، وأحاط بالجانب الشمالى دجلة والفرات . وقال المنذرى فى مختصره : قال مالك : جزيرة العرب المدينة نفسها ، وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة ، وحكى البخارى عن المغيرة قال : هى أرض مكة والمدينة (قوله وتوخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم) نفسهم (وفى مراكبهم وسروجهم وقلانسهم) وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لأهل الإسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كى لايعامل معاملة المسلم فى التوقير والإجلال وذلك لايجوز ، وربما يموت أحدهم فجأة فى الطريق ولا يعرف فيصلى عليه ، بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لأنهم كانوا معروفين بأعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زى عال على المسلمين ، وإذا وجب التميز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز لأن إذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلاسبب يكون منه ، بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا أمروا (بالكستيجات) وهو خيط فى غلظ الأصبع من الصوف يشده فوق

والمراد بالمروى هو ماذكره آنفا بقوله وهذا فى الأمصار دون القرى . وقوله (فى جزيرة العرب) قيل : إنما سميت أرض العرب بالجزيرة لأن بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها . وقوله (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر . وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدورى كأنه قال : وكيفية التميز ماذكره فى الجامع الصغير الخ . والكستيج خيط غليظ بقدر الأصبع يشده الذمى فوق ثيابه دون مايتزينون به من الزنانير المتخذة من الإبريسم . وقوله (صيانة لضعفة المسلمين) أى الضعفة فى الدين لا البدن : أى يفعل

علامة مميزة فاعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لايجوز ؛ والعلامة يجب أن تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء فى حق أهل الإسلام ، ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات ، ويجعل على دورهم علامات كى لايقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة . قالوا : الأحق أن لايتركوا أن يركبوا إلا للضرورة ، وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا فى مجامع المسلمين ، فإن لزمت الضرورة اتخذوا سروجا

ثيابه دون الزنار من الإبريسم (لأن فيه جفاء بالمسلمين) أى إغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين فى الدين فربما يمرقون بجهلهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فإنهم فى خفض عيش ونعمة ونحن فى كدّ وتعب،وإليه أشار بقوله تعالى ـ ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون ـ تنبيها على خسة الدنيا عند الله عزّ وجل،وإذا منع من شدّ زنار وهوحاشية رقيقة من الإبريسم فنعهم من لباس الثياب الفاخرة التى تعدّ عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والأبراد الرقيقة أولى . ولا شك فى وقوع خلاف هذا فى هذه الديار ، ولا شك فى منع استكتابهم وإدخالهم فى المباشرة التى يكون بها معظما عند المسلمين ، بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عندمستكتبه سعاية توجب له منه الضرر ،وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الأكف أو قريبا منه ، ولايركبون الخيل ، بل اختار المتأخرون أن لايركبوا أصلا إلا إذا خرجوا إلى أرض قرية ونحوه أو كان مريضا : أى إلا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل فى مجامع المسلمين إذا مرّ بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ، ويرد عليه بقوله وعليكم فقط . وإذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر ، بل يعتبر فى كل بلد مايتعارفه أهله ، وفى بلادنا جعلت العلامة فى العمامة فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء ، وكذا تؤخذ نساؤهم بالزى فى الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء ، وكذا فى الحمامات ، وكذا تميز دورهم

ذلك بهم لكى يكونوا فى أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا فى دين الإسلام أذلاء صاغرين حتى لايميلوا إلى الكفر بسبب سعتهم فى الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم . فإن قيل : لم يأخذ النبى صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولانصارى نجران ولامجوس هجر بذلك فيكون بدعة . أجيب بأنهم فى زمن النبىّ صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين فى المدينة لايشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج إلى ذلك، ثم فى زمن عمر رضى الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف ممن لايعرف وقعت الحاجة إلى ذلك ، فأمر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا . قال صلى الله عليه وسلم : « أينما دار عمر فالحق معه » وقوله (فإنه جفاء فى حق أهل الإسلام) أى ترك حسن العشرة بأهل الإسلام لأن فى الأمر لأهل الذمة بتميزهم بما يوجب إعزازهم من اتخاذ الزنار من الإبريسم إهانة لأهل الإسلام ، لأن من أعزّ عدوّ صديقه فقد أهان صديقه معنى. وقوله (أن لايركبوا إلا للضرورة) يعنى كالخروج إلى الرستاق وذهاب المريض

(قوله كانوا معروفين فى المدينة) أقول : فيه بحث (قال المصنف : أن لايركبوا إلا للضرورة) أقول : فى فتاوى الإمام التمرتاشى قبل آخر الكتاب بورقتين تخمينا . وفى شرح الحلوانى : ولا يمنعون من ركوب الحمار لأن ركوب الحمار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه السرج : وكذا لايمنعون من ركوب البغل لأنه تبع الحمار والبرذون بمنزلة الحمار ؛ألايرى أنه يوضع عليه الإكاف، بخلاف الفرس لأن ركوبه عز ، وركوب الجمل جمال يمنعون عنه إلا عند الحاجة إليهم بأن يستعين بهم الإمام فى المحاربة والذب عن المسلمين فلا بأس بأن يركبوا ، وهذا كله إذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم ، فأما إذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الأشياء فإنهم يتركون على ذلك اهـ .

بالصفة التي تقدمت، ويمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية أوقتل مسلما أوسب النبي عليه الصلاة والسلام أوزنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لاأداؤها والالتزام باق. وقال الشافعي: سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا لأنه ينقض إيمانه فكذا ينقض أمانه إذا عقد الذمة خلف عنه. ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه، والكفر المقارن لايمنعه فالطارئ لايرفعه.

عن دور المسلمين كي لايقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين (ويمنعون من لباس يخص أهل العلم والزهد والشرف) وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون، ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم، هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك (قوله ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلما أو زنى بمسلمة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا، وقيد بأدائها لأنه لو امتنع من قبولها نقض عهده. والشافعي ينقض عهده بالامتناع عن أدء الجزية وقبول أحكام الإسلام، ولاينقضه بزناه بمسلمة أو أن يصيبها بنكاح أو أن يفتن مسلما عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلما، وهو قول مالك وأحمد، إلا أن مالكا قال: ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لاينبغي فإنه يقتله به إن لم يسلم، ووافقه فى هذا الشافعي فى قول وأحمد فى رواية، وللشافعي أيضا فيما إذا ذكره تعالى بما لاينبغي أوسبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران: أحدهما لاينتقض، والآخر ينتقض. وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض إيمانه) لو كان مسلما (فينتقض به أمانه إذ عقد الذمة خلف عن الإيمان) فى إفادة الأمان فما ينقض الأصل ينقض الخلف الأدنى بالطريق الأولى. وروى أبويوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلا قال له: سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: لو سمعته لقتلته، إنا لم نعطهم العهود على هذا. قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الذمي) كما هو ردة من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لايمنع عقد الذمة) فى الابتداء (فالكفر الطارئ لايرفعه) فى حال البقاء بطريق أولى، يؤيده ما روى عن عائشة رضى الله عنها «أن رهطا من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا: السام عليك، فقال وعليكم، قالت: ففهمتها وقلت: عليكم السام واللعنة، فقال صلى الله عليه وسلم مهلا: ياعائشة فإن الله يحب الرفق فى الأمر كله، قالت: فقلت يارسول الله ألم تسمع ما قالوا؟ قال صلى الله عليه وسلم: قد قلت وعليكم» ولا شك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم، ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين. قالوا: وحديث ابن عمر إسناده ضعيف، وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لايظهروا سبه صلى الله عليه وسلم. والذى عندى أن سبه صلى الله عليه وسلم أو نسبة مالاينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لايعتقدونه كنسبة الولد إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به وينتقض عهده، وإن لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا. وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذى هو المراد بالإعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص، ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لاعند مجرد القبول وإظهار ذلك منه ينافى قيد قبول الجزية دافعا لقتله لأنه الغاية فى التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالإسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذى يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا. وأما اليهود المذكورون فى حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى إعطائهم الجزية، بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم إلى أن أمكن الله منهم، لأنه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير، وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على

إلى موضع يحتاج إليه. وقوله (بالصفة التي تقدمت) يعنى كهيئة الأكف. وقوله (لأنه ينقض إيمانه) يعنى لو كان مسلما ويسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله نقض إيمانه (فكذا ينقض أمانه) وذمته.

قال (ولا ينقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا) لأنهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (وإذا نقض الذمى العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه فى الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات ، وكذا فى حكم ما حمله من ماله ، إلا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد .

(فصل)

(ونصارى بنى تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف مايؤخذ من المسلمين من الزكاة) لأن عمر رضى الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لأن الصلح وقع على الصدقة

المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار (قوله ولا ينتقض عهده إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أى أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيحاربوننا لأنهم) بكل من الخصلتين (صاروا حربا علينا) وعقد الذمة ماكان إلا لدفع شرّ حرابهم (فيعرى عن الفائدة) فلايبقى (وإذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد، معناه فى الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات) وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ، ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها فى دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته (وكذا فى حكم ماحمله من ماله) إلى دار الحرب بعد النقض ، ولو ظهر على الدار يكون فيئا لعامة المسلمين كالمرتد إذا التحق بمال ، ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لهم حين أخذه فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففى رواية يكون فيئا وفى رواية لا . ولايبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذى تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الإسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما . وقوله (إلا أنه لو أسر يسترق) استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) إذا لحق ثم ظهر على الدار فأسر لايسترق بل يقتل إذا لم يسلم ، وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ماكان التزم بالذمة الإسلام بل أحكامه فجاز أن يعود إلى الذمة ، بخلاف المرتد التزم الإسلام فلا بد أن يعود إليه ، أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرقّ فلا يتصور منه جزية ، والله الموفق .

(فصــــل)

أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى ، وتغلب بن وائل من العرب

قوله (وكذا فى حكم ما حمله من ماله) يعنى أن الذمى إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفى يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا ، كالمرتد إذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا . وقوله (إلا أنه لو أسر) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد : يعنى بخلاف المرتد فإنه لايسترقّ بل يقتل إن أصرّ على ارتداده .

(فصــــل)

ذكر نصارى بنى تغلب فى فصل على حدة ، لأن لهم أحكاما مخصوصة بهم تخالف أحكام سائر النصارى ،

(فصل ونصارى بنى تغلب)

(قال المصنف : يؤخذ من أموالهم ضعف مايؤخذ من المسلمين) أقول : أى من أموال المسلمين على تقدير المضاف، والظاهر أنه لاحاجة إلى ذلك لاستقامة الكلام بدونه . (قال المصنف : لأن عمر صالحهم الخ) أقول : فإن قيل هذا الصلح مخالف لقوله تعالى - حتى يعطوا

المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف . وقال زفر رحمه الله - لايؤخذ من نسائهم أيضا ، وهو قول الشافعي لأنه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر : هذه جزية فسموها ماشئتم ، ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان . ولنا أنه مال وجب به الصلح ، والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لايختص بالجزية ؛

من ربيعة تنصروا فى الجاهلية ، فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضى الله عنه إلى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا : نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال : لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة : يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، فبعث عمر رضى الله عنه فى طلبهم وضعف عليهم ، فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء . وفى رواية أبى يوسف بسنده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبى أنه قال لعمر رضى الله عنه : إن بنى تغلب الحديث ، إلى أن قال : فصالحهم عمر رضى الله عنه على أن لايغمسوا أحدا من أولادهم فى النصرانية ويضاعف عليهم فى الصدقة ، وعلى أن يسقط الجزية من رءوسهم اهـ. فى كل أربعين شاة لهم شاتان، ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ١ ففيها أربع شياه ،وعلى هذا فى البقر والإبل . ثم اختلف الفقهاء هل هى جزية على التحقيق من كل وجه أولا ؟ فقيل من كل وجه فلايؤخذ من المرأة والصبى ، فلو كان للمرأة ماشية ونقود لايؤخذ منها شىء وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة . قال الكرخى : وهذه الرواية أقيس وهو قول الشافعى لأن الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية ،فإذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق، يؤيده قول عمر رضى الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم . وقال أصحابنا : هو وإن كان جزية فى المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذ الصلح وقع على ذلك ، ولهذا لايراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا إن شاء ولا يؤخذ بتلبيبه (والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لايخص الجزية) والمرأة من أهله ومن أهل مايجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبى والمجنون لايؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجود الزكاة عليهم عندنا ، بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لأنه وظيفة الأرض وليس عبادة لتخص البالغين

وكلامه واضح . والأصل فيه ماذكر أبو يوسف فى كتاب الخراج بإسناده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبى أنه قال لعمر : يا أمير المؤمنين إن بنى تغلب من قد علمت شوكتهم وإنهم بإزاء العدو ، فإن ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة ، فإن رأيت أن تعطيهم شيئا فافعل ، قال : فصالحهم عمر على أن لايغمسوا أحدا من أولادهم فى النصرانية ، وتضاعف عليهم الصدقة ، وعلى أن تسقط الجزية عن رءوسهم ، فكل نصرانى من بنى تغلب له غنم سائمة فليس فيها شىء حتى تبلغ أربعين ، فإذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان إلى مائة وعشرين ، فإذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم ، وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم ، وكذلك الإبل والبقر إذا وجب على المسلم شىء فى ذلك فعلى التغلبى مثله مرتين ، ونساؤهم كرجالهم فى الصدقة ، وأما الصبيان فليس عليهم شىء وكذلك أراضيهم التى كانت فى أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين . وقوله (والمرأة من أهل وجوب مثله) أى مثل مال وجب بالصلح .

ـالجزية ـ الخ ، قلنا : ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مرت فى باب الموادعة (قال المصنف : ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول : ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر ، وتأمل أنت فيه (قال المصنف : والمرأة من أهل وجوب مثله) أقول : لعل لفظ مثل مقحم

---

(١) (قوله مائة وعشرين) صوب العلامة البحراوى نقلا عن النهر مائة وأحدا وعشرين اهـ كتبه مصححه .

ألا ترى أنه لايراعى فيه شرائطها (ويوضع على مولى التغلبي الخراج) أى الجزية (وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) وقال زفر : يضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام « إن مولى القوم منهم » ؛ ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به فى حق حرمة الصدقة . ولنا أن هذا تخفيف والمولى لايلحق بالأصل فيه ، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا ، بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي فى حقه .

كنفقة عبيدهم . وحاصل ماذكرنا يفيد أنه روعى فى هذا المأخوذ جهة الجزية فى المصرف وفيما سوى ذلك روعى جهة الزكاة . أما الأول فلأنه حقيقة الجزية . وأما الثانى فلأن ما وقع عليه الصلح لايغير . وهذه الجزية التى وجبت بالصلح . وقد علمت أن الجزية قسمان : قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذى وقع عليه الصلح كيفما وقع ، والذى يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التى يبتدئ الإمام وضعها شاءوا أو أبوا على ماتقدم (قوله ويوضع على مولى التغلبي) أى معتقه (الخراج : أى الجزية وخراج الأرض ، وقال زفر : يضاعف) عليه مايؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه (لقوله عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » وهذا الحديث استدللنا به فى الزكاة على حرمان مولى الهاشمي الزكاة ، فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي ، وجميع الأحاديث المذكورة فى هذا الفصل تقدم الكلام عليها فى كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أى وضع الصدقة المضاعفة (تخفيف) إذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم فى ذلك واشتشقاقهم ماسواه (والمولى لايلحق بالأصل فيه) أى فى التخفيف ؛ ألا ترى أن الإسلام أعلى أسباب التخفيف ، و لو كان لمسلم مولى نصرانى وضعت عليه الجزية ولم يتعد إليه التخفيف الثابت بالإسلام فلأن لايتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى (بخلاف حرمة الصدقات) على الهاشمي لأنه ليس تخفيفا بل تحريم (والحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي به) وينقض

وقوله (ألا ترى أنه لايراعى فيه شرائطها) أى فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والإعطاء قائما والقابض قاعد وأخذ التلبيب على مامر . قوله (ويوضع على مولى التغلبي الخراج : أى الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) أى لاتؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وإن لم يؤخذ من التغلبي (قوله ولنا أن هذا) أى أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعنى لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لايلحق بالأصل فيه) أى فى التخفيف (ولهذا) أى ولكون المولى لايلحق بالأصل فى التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه فى ترك الجزية وإن كان الإسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها . فإن قيل : حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هى تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي أجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ . وقوله (فى حقه) أى فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة . فإن قيل : مابال مولى الغنى لم يلحق به فى حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهى أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة .

(قوله فإن قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الإثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه ، بل ثبوته بها ، فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على مالايخفى . والقول بأن المراد إظهار حرمة الصدقة لايناسب المقام . ثم إن المولى إنما لايلحق بالأصل فى التخفيف إذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه ، وليس مولى الهاشمي كذلك . والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح (قوله وقوله فى حقه : أى فيما هو حق مولاه) أقول : الأظهر أن يقال : أى فى حق حرمة الصدقة ، وأمر التذكير والتأنيث سهل ، فإن الحرمة فى تأويل أن يحرم أو الحرمان .

ولا يلزم مولى الغنى حيث لاتحرم عليه الصدقة ، لأن الغنى من أهلها ، وإنما الغنى مانع ولم يوجد فى حق المولى؛ أما الهاشمى فليس بأهل لهذه الصلة أصلا لأنه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه . قال (وماجباه الإمام من الخراج ومن أموال بنى تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام

بمولى الغنى تحرم الصدقة على معتقه ولم تتعد إليه فقال (لايلزم لأن الغنى من أهل الصدقة) فى الجملة ؛ ألا ترى أنه لو كان عاملا عليها أعطى كفايته منها (وإنما الغنى مانع) من الإسقاط عن المعطى له شرعا تحقق فى حق سيده ولم يتحقق فى المولى فخص السيد. (أما الهاشمى فليس بأهل لهذه الصلة أصلا لشرفه وكرامته) لاتساخها ولذا لايعطى منها لو كان عاملا (فألحق به مولاه) لأن التكريم أن لاينسب إليه تلك الأوساخ بنسبة. فإن قلت: هذا تقديم للمعنى على النص، وهو قوله صلى الله عليه وسلم «مولى القوم منهم». أجيب بأن الحديث غير مجرى على عمومه بالإجماع ، فإن مولى الهاشمى لاينزل منزلته فى الكفاءة للهاشمية والإمامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة إلى الكفاءة والإمامة فيخص بالمعنى الذى ذكرناه أيضا، وهو أنه تخفيف فلايتعدى بالنسبة للتضعيف إلى المولى الأسفل بدليل التخفيف بالإسلام لم يتعد إلى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الأسفل تنتسب إلى مولاه . ووجه آخر بأن القياس أن لايكون المولى منهم ولاملزوما لأحكامهم لأنه ليس منهم حقيقة ، وقد ورد الحديث به فى منع الزكاة وهو ما روى: أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الصدقة لاتحل لمحمد ولا لآل محمد، وإن مولى القوم منهم» فإذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكاة . وأما الجواب بأن قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فقيل بل قوله مروى عن الشعبى (قوله وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بنى تغلب ، وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام

أجاب بقوله (لأن الغنى من أهلها) أى من أهل الصدقة فى الجملة ولهذا حلت له إذا كان عاملا(وإنما الغنى مانع ولم يوجد فى حق المولى ، وأما الهاشمى فليس بأهل لها أصلا لأنه صين لشرفه . وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه) ويجوز أن يقال : حرمة الصدقة على بنى هاشم تشريف لهم ، وفى إلحاق الموالى بهم زيادة فى التشريف وحرمتها على الغنى لغناه، وفى إلحاق مولاه به لايزداد غنى ،ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى على عمومه ، فإن مولى الهاشمى ليس كهو فى الكفاءة بالإجماع فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر لأنه من لوازمه ، فإن الرجل إذا كان من القوم يقوم بنصرتهم . وقال شمس الأئمة السرخسى : القياس فى الكل سواء ، وهو أن لايلحق مولى القوم بهم إلا أن ورود الحديث كان فى حرمة الصدقة على بنى هاشم ، وهو ماروى: « أن أبا رافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتحل له الصدقة؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا ، أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم » والمخصوص من القياس بالنص لايلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه ، وهذا ليس فى معنى ماورد فيه النص لأن ذلك كان لإظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى إلحاقهم مولاهم بهم ومولى التغلبى ليس من ذلك فى شىء . وقوله (وما جباه الإمام) أى جمعه، والثغور جمع

(قوله لايزداد غنى) أقول: فيه بحث ، فإنه لو ازداد غنى لايفيد أيضا ، إذ لاتعلق له بالإلحاق، والجواب منع ذلك فإن الغنى من الوجه المشروع محمود فتأمل (قوله فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول : فإن قيل : النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الأحكام . قلنا : ما نحن فيه أيضا كذلك ، حيث يدل على أن المعتق عاقلة المعتق ، فإن العقل باعتبار النصرة (قوله إلا أن ورود الحديث كان فى حرمة الصدقة على بنى هاشم ، وهو ماروى أن أبا رافع رضى الله عنه الخ) أقول : الأظهر أن يقال على ماروى أو نحوه ، ثم أقول : فيه بحث ، لأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، إلا أن يمنع العموم مستندا بأنه مجمل فليتأمل .

والجزية يصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ، ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه مايكفيهم ، ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معدّ لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذرارى على الآباء ، فلولم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب فلايتفرّغون للقتال (ومن مات فى نصف السنة فلاشىء له من العطاء) لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت ، وأهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى ، والله أعلم .

والجزية يصرف فى مصالح المسلمين كسدّ الثغور ، وهى مواضع يخاف هجوم العدو فيها من دار الإسلام (وبناء القناطر والجسور) وهى ماتوضع وترفع فوق الماء ليمرّ عليه ، بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه مايكفيهم ، وتدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) فإنه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا (لأنه مال بيت المال لأنه وصل إلى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت المال ، بخلاف الحاصل بسبب القتال فإنه يقسم بين الغانمين ولا يوضع فى بيت المال ، وإذا كان مال بيت المال يصرف فى مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم ، وزاد المصنف فى التجنيس فى علامة السيد أبى شجاع أنه يعطى أيضا المعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم، بخلاف المذكور هنا لأنه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين (قوله ومن مات فى نصف السنة فلا شىء له من العطاء لأنه نوع صلة وليس بدين ، ولكونه صلة سمى عطاء فلا يملك قبل القبض) فلا يورث (ويسقط بالموت) وهذا لأنه مات قبل تأكد حقه بمجيء وقت المطالبة ، والحق الضعيف لايجرى فيه الإرث كسهم الغازى فى دار الحرب لايورث ، بخلاف ما إذا تأكد سهمه بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فإنه يورث على ما أسلفناه ، وتقييد محمد رحمه الله فى الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بأنه إذا مات آخرها يعطى ورثته ، وقالوا : لايجب أيضا ولكن يستحبّ لأنه أوفى عناءه : أى تعبه فى عمله للمسلمين فيستحب أن يعطى . وعلل شمس الأئمة عدم وجوب إعطائه بعد ماتمت السنة أيضا بما ذكرنا فى نصفها ، فأفاد أنه لم يتأكد الحق بعد ماتمت السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يملك قبل القبض ، وهذا يقتضى قصر الإرث على حقيقة الملك . والوجه يقتضى وجوب دفعه لورثته لأن حقه تأكد بإتمام عمله فى السنة كما قلنا إنه يورث سهم الغازى بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ وإن لم يثبت له ملك . وقول فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير : وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته ، فأما قبل ذلك فلا إلا على قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام . ثم قيل : رزق القاضى ومن فى معناه يعطى فى آخر السنة ، ولو أخذ فى أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها ، قيل

ثغر وهو موضع مخافة البلدان ، والقنطرة مالايرفع ، والجسر مايرفع . (قوله وهؤلاء عملتهم) أى القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل (قوله فلا شىء له من العطاء) العطاء مايكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس ، وفى الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية فى الإسلام كأزواج النبى صلى الله عليه وسلم وأولاد المهاجرين والأنصار ، وكذلك لو مات فى آخر السنة لايورث العطاء لأنه صلة فلا يملك قبل القبض وإنما وضع المسئلة فى نصف السنة ، لأنه لومات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه لأنه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الوفاء .

باب أحكام المرتدين

قال (وإذا ارتدّ المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام ، فإن كانت له شبهة كشفت عنه) لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح ، وفيه دفع شرّه بأحسن الأمرين ، إلا أن العرض على ماقالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته . قال (ويحبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم وإلا قتل . وفى الجامع الصغير : المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل) وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام

يجب رد مابقى ، وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لايجب . وقال محمد : أحبّ إلىّ رد الباقى كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوّج لعدم حصول المقصود . وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع فى الهبة ، ذكره فى جامعى قاضيخان والتمرتاشى . والعطاء : هو مايثبت فى الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم ، وهو كالجامكية فى عرفنا إلا أنها شهرية والعطاء سنوى .

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلى شرع فى بيان أحكام الكفر الطارئ . والمرتد : هو الراجع عن دين الإسلام . (قوله وإذا ارتدّ المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام ، فإن كانت له شبهة) أبداها (كشفت عنه لأنه عساه اعترته) أى عرضت له (شبهة فتزاح عنه ، وفيه دفع شرّه بأحسن الأمرين) وهما القتل والإسلام وأحسنهما الإسلام . ولما كان ظاهر كلام القدورى وجوب العرض قال (إلا أن العرض على ماقالوا) أى المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لأن الدعوة قد بلغته) وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويحبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم) فيها (وإلا قتل) وهذا اللفظ أيضا من القدورى يوجب وجوب الإنظار ثلاثة أيام على ماعرف من الأخبار فى مثله ، فذكر عبارة الجامع وهو قوله (وفى الجامع الصغير : المرتدّ يعرض عليه الإسلام ، فإن أبى قتل) أى مكانه فإنه يفيد أن إنظاره الأيام الثلاثة

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلى ذكر فى هذا الباب أحكام الكفر الطارئ ، لأن الطارئ إنما هو بعد وجود الأصلى وكلامه واضح . وقوله (إلا أن العرض على ماقالوا غير واجب) ظاهر المذهب. قال فى الإيضاح : ويستحب عرض الإسلام على المرتدين ، هكذا روى عن عمر لأن رجاء العود إلى الإسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة . وقوله (وتأويل الأول) يعنى به قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستمهل) أى يطلب المهلة فيحبس ثلاثة أيام ، وأما إذا لم يطلب فالظاهر من حاله أنه متعنت فى ذلك فلا بأس بقتله ، إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة . فإن قيل : تقدير المدة هاهنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأى فيما لامدخل له فيه لأنه من المقادير . أجيب بأن هذا من قبيل إثبات الحكم بدلالة النص ، لأن ورود النص فى خيار البيع بثلاثة

(باب أحكام المرتدين)

(قال المصنف : إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب) أقول : قوله على ماقالوا متعلق بغير واجب القدر (قوله إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول : تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله أجيب بأن هذا الخ) أقول : فيه تأمل فإن المهلة

لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحبّ أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ، ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة . ولنا قوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين ـ من غير قيد الإمهال ، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام « من بدّل دينه فاقتلوه » ولأنه كافر حربيّ بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال ، وهذا لأنه لايجوز تأخير الواجب لأمر موهوم ، ولا فرق بين الحرّ والعبد لإطلاق الدلائل .

ليس واجبا ولا مستحبا ، وإنما تعينت الثلاثة (لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار) بدليل حديث حبان بن منقذ « فى الخيار ثلاثة أيام » ضربت للتأمل لدفع الغبن ، وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح ـ إن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني ـ وهى الثالثة إلى قوله ـ قد بلغت من لدنى عذرا ـ وعن عمر رضى الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبى موسى فقال له : هل من مغربة خبر ؟ فقال نعم . رجل ارتدّ عن الإسلام فقتلناه ، فقال له : هلا حبستموه فى بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه فى كل يوم رغيفا لعله يتوب . ثم قال : اللهم إنى لم أحضر ولم آمر ولم أرض . أخرجه مالك فى الموطإ ، لكن ظاهر تبرى عمر رضى الله عنه يقتضى الوجوب . ثم قال المصنف (تأويل الأول) وهو قول القدورى الدال على وجوب إمهال الأيام الثلاثة (أن يستمهل فيمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فإنه قال إذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام ، لأن الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا إزالة تلك الشبهة ، أو أنه يحتاج إلى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة ، وإذا استمهل كان على الإمام أن يمهله ، ومدة النظر جعلت فى الشرع ثلاثة أيام كما فى الخيار ، ثم قال فى حديث عمر المذكور الدال على الوجوب : تأويله أنه لعله طلب التأجيل (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يستحبّ أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعى أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ، ولا يحل قتله قبلها لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام) لما ذكرنا . والصحيح من قول الشافعى أنه إن تاب فى الحال وإلا قتل لحديث معاذ رضى الله عنه ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » من غير تقييد بإنظار وهو اختيار ابن المنذر ، وهذا إن أريد به عدم وجوب الإنظار فكمذهبنا والاستدلال مشترك ، ومن الأدلة أيضا قوله تعالى ـ اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ـ وهذا كافر حربى ، وإن كان أريد به نفى استحباب الإمهال فنقول هذه الأوامر مطلقة وهى لاتقتضى الفور فيجوز التأخير على ماعرف ، ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضى الله عنه . وقول المصنف (وهذا لأنه لايجوز تأخير الواجب لأمر موهوم) ليس بجيد إذ يقتضى كراهة الإمهال ثلاثة أيام ، وهو يخالف المذهب ويخالف ماذكرنا من أن الأمر المطلق لايقتضى الفور إلا إذا خيف الفوات . فإن قيل : لانسلم أن الأوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء فى قوله « فاقتلوه » لأنها تفيد الوصل والتعقيب . قلنا : تلك الفاء العاطفة وهى فاء السبب. فإن قيل : فتفيد الوصل باعتبار أن المعلول لايتأخر عن العلة . قلنا : المعلول وهو الحكم الشرعى وهو إيجاب قتله لم يتأخر عن علته المثيرة له وهى كفره ، وأما إيجاب الامتثال على الفور فشيء آخر (ولا فرق) فى وجوب قتل المرتد (بين كون المرتد حرّا أو عبدا) وإن كان يتضمن قتله إبطال حق المولى بالإجماع (وإطلاق الدلائل)

أيام ورد فيه ، لأن التقدير بثلاثة أيام هناك إنما كان للتأمل ، والتقدير بها هاهنا أيضا للتأمل . وقوله (ولأنه كافر حربى) بيانه أنه كافر حربى لامحالة وليس بمستأمن لأنه لم يطلب الأمان ولا ذمى لأنه لم تقبل منه الجزية فكان حربيا . وقوله (لإطلاق الدلائل) يعنى قوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين ـ وقوله عليه الصلاة والسلام

فى الخيار لدفع احتمال الغبن وهو مفقود فى المرتد مع أن مدة الخيار عندهما غير مقتصرة على ثلاثة أيام (قال المصنف : وهذا لأنه لا يجوز الخ)

وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام لأنه لادين له، ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود .

التي ذكرناها (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام لأنه لادين له) قيل هو أن يقول تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا بريء من كل دين غير دين الإسلام . قيل لكن هذا بعد أن يأتي بالشهادتين . والإقرار بالبعث والنشور مستحب ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود) وفي شرح الطحاوى : سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم ؟ فقال : يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، ويقرّ بما جاء به من عند الله، ويتبرأ من الدين الذي انتحله ، وإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وقال : ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا بريء منه : أي من الدين الذي ارتدّ إليه فهي توبة انتهى . وقوله قط يريد به معنى أبدا ، لأن قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل . وفي شرح الطحاوى : إسلام النصراني أن يقول : أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، ويتبرأ من النصرانية ، واليهودى كذلك يتبرأ من اليهودية ، وكذا في كل ملة . وأما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لأنهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة إلى العرب فيصدق أنه رسول الله ولايتم الإسلام به، هذا فيمن بين أظهرنا منهم . وأما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم ، أو قال دخلت في دين الإسلام أو في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل إسلامه ، فكيف إذا أتى بالشهادتين لأن في ذلك الوقت ضيقا . وقوله هذا إنما أراد به الإسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه، ولو ارتد بعد إسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا ثالثا ورابعا ، إلا أن الكرخي قال : فإن عاد بعد الثالثة يقتل إن لم يتب في الحال ولا يؤجل ، فإن تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلي سبيله ، فإن عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا مادام يرجع إلى الإسلام قال الكرخي : هذا قول أصحابنا جميعا أن المرتدّ يستتاب أبدا ، وما ذكر الكرخي مرويّ في النوادر قال : إذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس إلى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى . وذلك لإطلاق قوله تعالى ـ فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ـ وعن ابن عمر وعليّ رضي الله عنهم : لاتقبل توبة من كرّر ردته كالزنديق، وهو قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى ـ إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لن تقبل توبتهم ـ الآية . قلنا : رتب عدم المغفرة على شرط قوله تعالى ـ ثم ازدادوا كفرا ـ وفي الدراية قال : في الزنديق لنا

« من بدّل دينه فاقتلوه » (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها) يعني بعد الإتيان بالشهادتين

أقول : بخلاف ما إذا استمهل فإن الإسلام حينئذ لايكون موهوما ، فإن الاستمهال للتأمل ودلائل الإسلام ظاهرة ، ولكن بقي هاهنا بحث من وجهين : أما أولا فلأن هذا التعليل يقتضي كراهية الإمهال ثلاثة أيام وهو خلاف المذهب . وأما ثانيا فلأن الأمر لايدل على الفور إلا إذا خيف الفوات، إلا أن يقال الفور يفهم من الفاء في « فاقتلوه » . قال المصنف (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام) أقول : قال الكاكي : وفي المنية هو أن يقول تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا بريء من كل دين سوى دين الإسلام ، والإقرار بالبعث والنشور مستحب اهـ . قال الإتقاني : نقل الناطفي في الأجناس عن كتاب الارتداد للحسن : فإن تاب المرتد وعاد إلى الإسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات، وفي كل مرة طلب من الإمام التأجيل أجله الإمام ثلاثة أيام ، فإن عاد إلى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل فإنه لا يؤجله ، فإن أسلم وإلا قتل . وقال الكرخي في مختصره : فإن رجع أيضا عن الإسلام فأتي به إلى الإمام بعد ثلاثة استتابه أيضا . فإن لم يتب قتله ولا يؤجله فإن هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ، ويرى من حاله حال إنسان قد أخلص ، فإذا فعل ذلك خلى سبيله ، فإن عاد بعد ماخلى سبيله فعل به مثل ذلك أبدا مادام يرجع إلى الإسلام ، ولا يقتل إلا أن يأبى أن يسلم . وقال أبو الحسن الكرخي رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعا أن المرتد يستتاب أبدا اهـ . وفي معراج الدراية : وفي الزنديق لنا روايتان : في رواية لايقبل توبته كقول مالك وأحمد . وفي رواية تقبل كقول الشافعي اهـ .

قال (فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ، ولاشيء على القاتل) ومعنى الكراهية هاهنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي تقتل لما روينا ، ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنه جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها .

روايتان : في رواية لاتقبل توبته كقول مالك وأحمد . وفي رواية تقبل كقول الشافعي ، وهذا في حق أحكام الدنيا ، أما فيما بينه وبين الله جل ذكره إذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف ، وما عن أبي يوسف : لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة ، فسره بأن ينتظر فإذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لأنه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز (قوله فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه) أو قطع عضوا منه (كره ذلك ، ولاشيء على القاتل) والقاطع (لأن الكفر مبيح) وكل جناية على المرتد هدر (ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب) فهي كراهة تنزيه ، وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم . وفي شرح الطحاوي : إذا فعل ذلك : أي القتل أو القطع بغير إذن الإمام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس أبدا حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لأحد ، حرة كانت أو أمة ذكره في المبسوط ، ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية (ويروى) عن أبي حنيفة أنها (تضرب في كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة ، وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا إلى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة ، وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضي إليه ، ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود : إنه لايقام عليه الحد الثاني مالم يبرأ من الحد السابق كي لايصير قتلا وهو غير المستحق ، ثم الأمة تدفع إلى مولاها فيجعل حبسها ببيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ، ويتولى هو جبرها . قال المصنف (جمعا بين الحقين) يعني حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فإنه لامنافاة ، بخلاف العبد المرتد لافائدة في دفعه إليه لأنه يقتل ولايبقى ليمكن استخدامه ، ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الإسلام . فإن لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق إذا سبيت . وعن أبي حنيفة في النوادر : تسترق في دار الإسلام أيضا . قيل ولو أفتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من إثبات الفرقة ، وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام أو يهبها الإمام له إذا كان مصرفا لأنها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة ، وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الإسلام فيرتد ضرر قصدها عليها . قيل : وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لأنها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة إلى أن يشتريها من الإمام . وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها ، وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج ؛ وتضرب خمسة وسبعين سوطا ، واختاره قاضيخان للفتوى . وعند الأئمة الثلاثة تقتل المرتدة ، واقتصر المصنف على خلاف الشافعي . قال (لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم «من بدل دينه فاقتلوه» وهو حديث في صحيح البخاري وغيره . قال (ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنها جناية متغلظة) هي جناية الكفر (وجناية المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها)

(وأما المرتدة فلا تقتل) فإن قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت أو أمة . قال في النهاية : كذا في المبسوط . وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى - فمن شهد منكم الشهر فليصمه -

ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء ، وإنما عدل عنه (دفعا لشر ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحيه البنية ، بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية قال (ولكن تحبس حتى تسلم) لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه بالحبس كما فى حقوق العباد (وفى الجامع الصغير : وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة .

وهو القتل (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر فى الحديث الصحيح . وهذا مطلق يعم الكافرة أصليا وعارضا ، وثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعلة المنصوصة كما قدمناه فى الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم مارواه بعد أن عمومه مخصص بمن بدل دينه من الكفر إلى الإسلام ، وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان ، وهو أن الأصل فى الأجزية بأن تتأخر إلى دار الجزاء وهى الدار الآخرة فإنها الموضوعة للأجزية على الأعمال الموضوعة هذه الدار لها ، فهذه دار أعمال وتلك دار جزائها ، وكل جزاء شرع فى هذه الدار ماهو إلا لمصالح تعود إلينا فى هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والأعراض والعقول والأنساب والأموال ، فكذا يجب فى القتل بالردة أن يكون لدفع شر حرابه لاجزاء على فعل الكفر ، لأن جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى ، فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل ، ولهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ، وعلله بأنها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ، ولهذا قلنا : لو كانت المرتدة ذات رأى وتبع تقتل لا لردتها بل لأنها حينئذ تسعى فى الأرض بالفساد ، وإنما حبست (لأنها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرت به فتحبس كما فى حقوق العباد) وقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة عن عاصم بن أبى النجود عن أبى رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : لاتقتل

(ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنها جناية متغلظة) وكل ماهو جناية متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة ، وردة المرأة تشارك ردة الرجل فى هذه العلة فيجب أن تشاركها فى موجبها) لأن الاشتراك فى العلة يوجب الاشتراك فى المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة ، وفيه نظر لأنه إثبات مايدرأ بالشبهات بالرأى (ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولأن القتل جزاء الكفر (والأصل فى الأجزية تأخيرها إلى دار الجزاء وهى الآخرة لأن تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذى هو من الله تعالى إظهار علمه لأن الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا فى المعنى كالمجبورين وفيه إخلال بالابتلاء (وإنما عدل عنه) أى عن هذا الأصل إلى تعجيل بعضها (دفعا لشر ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء) لأن بنيتهن غير صالحة لذلك (بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية)والكافرة الأصلية لاتقتل فكذا المرتدة . وما قيل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل إنه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لأنها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهى تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقتلها . والجواب عما روى أنه ليس بمجرى على ظاهره لأن التبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم ، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فيخصص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى . وقوله (ولكن تحبس)ظاهر . وأعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والأمة .

(قال المصنف : ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ) أقول : لكنه مخصوص ، فإنها إذا قتلت نفسا بحديدة عمدا تقتص فجاز تخصيصه بالقياس الذى ذكره الشافعى (قوله لأن تعجيلها يخل ، إلى قوله : لأن الناس الخ) أقول : تعليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من لحوقه) أقول أى لحوق الجزاء فى الدنيا (قال المصنف : وإنما عدل عنه الخ) أقول : قال ابن همام : لا جزاء على فعل الكفر ، فإن جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك اه فيه كلام لأنه يأباه ظاهر قوله وإنما عدل عنه .

والأمة يجبرها مولاها) أما الجبر فلما ذكرنا ، ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ، ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام . قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى ،

النساء إذا هن ارتددن عن الإسلام ، ولكن يحبسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه. وفى بلاغات محمد قال : بلغنا عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : إذا ارتدت المرأة عن الإسلام حبست . وأما ما روى الدارقطني عن جابر « أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فأمر النبيّ صلى الله عليه وسلم أن يعرض عليها الإسلام فإن رجعت وإلا قتلت » فضعيف بمعمر بن بكار . وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة ، وزاد : « فعرض عليها الإسلام فأبت أن تسلم فقتلت » وهو ضعيف بعبد الله بن أذينة . قال ابن حبان: لايجوز الاحتجاج به بحال . وقال الدارقطني فى المؤتلف والمختلف : إنه متروك ، ورواه ابن عدى فى الكامل وقال : عبد الله بن عطارد بن أذينة منكر الحديث . وروى حديث آخر عن عائشة «ارتدت امرأة يوم أحد فأمر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت » وفى سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه إنه يضع الحديث مع أنها معارضة بأحاديث أخر مثلها ، وأمثل منها ما أخرجه الدارقطني عن أبى رزين عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتقتل المرأة إذا ارتدت » وفيه عبد الله بن عيسى الجزرى ، قال الدارقطني : كذاب يضع الحديث . وأخرج ابن عدىّ فى الكامل عن أبى هريرة رضى الله عنه« أن امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها » وضعفه بحفص بن سليمان . قال ابن عدىّ : عامة مايرويه غير محفوظ . وأخرج الطبرانى فى معجمه : حدثنا الحسن بن إسحاق التسترى ، حدثنا هرز بن معلى ، حدثنا محمد بن سلمة عن الفزارى عن مكحول عن أبى طلحة اليعمرى عن أبى ثعلبة الخشنى عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه إلى اليمن « أيما رجل ارتدّ عن الإسلام فادعه ، فإن تاب فاقبل منه ، وإن لم يتب فاضرب عنقه. وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها ، فإن تابت فاقبل منها ، وإن أبت فاستتبها » وتقدم رواية أبى حنيفة عن عاصم عن أبى رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما ، فما أسند الدارقطني عن ابن معين أنه قال : كان الثورى يعيب على أبى حنيفة حديثا كان يرويه عن عاصم عن أبى رزين لم يروه أحد غير أبى حنيفة عن عاصم عن أبى رزين مدفوع بأنه أخرجه الدارقطني عن أبى مالك النخعى عن عاصم به فزال إنفراد أبى حنيفة الذى ادعاه الثورى . وروى عبد الرزاق عن عمر« أنه أمر فى أم ولد تنصرت أن تباع فى أرض ذات مؤنة عليها ولا تباع فى أهل دينها فبيعت فى دومة الجندل من غير أهل دينها » وأخرج الدارقطني عن علىّ رضى الله عنه : « المرتدة تستتاب ولا تقتل » وضعف بخلاس (قوله ويزول ملك المرتد عن أملاكه زوالا مراعى) أى موقوفا غير باتّ فى الحال

وقوله(والأمة يجبرها مولاها) قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا ارتدت الأمة واحتاج المولى إلى خدمتها دفعت إليه وأمره القاضى أن يجبرها على الإسلام . قال المصنف (أما الجبر فلما ذكرنا) يعنى أنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار (ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين) أى الجبر والاستخدام ، ولم يشترط فى الكتاب حاجة المولى إلى خدمتها وهى رواية الجامع الصغير ، وشرطها فى رواية . قال فخر الإسلام رحمه الله : والصحيح أنها تدفع إلى المولى احتاج إليها أو استغنى . وقال : وكذلك لايشترط طلب المولى . فإن قيل: للمولى حق الاستخدام فى العبد والأمة جميعا فكيف دفعت إليه الأمة دون العبد ؟ أجيب بأن العبد إذا أبى قتل فلا فائدة فى الدفع إلى المولى قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى) أى موقوفا إلى أن يتبين حاله ،

فإن أسلم عادت على حالها ، قالوا : هذا عند أبى حنيفة ، وعندهما لايزول ملكه) لأنه مكلف محتاج ، فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص . وله أنه حربىّ مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ، ولا قتل إلا بالحراب ، وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته ، غير أنه مدعوّ إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا فى أمره ، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب ، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه .

(فإن أسلم عادت أمواله على حالها) الأوّل (وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم) الحاكم (بلحاقه استقرّ أمره فعمل السبب) وهو كونه كافرا حربيا (عمله) مستندا إلى وقت الردة كالمشترى بشرط الخيار يثبت ملكه عند الإجازة مستندا إلى وقت البيع ، وجعله كخيار المجلس عند الشافعى يقتضى أنه ملك باتّ ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع فى الهبة ، وبه صرح بعض الشارحين حين ورد عليه أن لا معنى للزوال المراعى والموقوف ، لأنه إما أن يزول أولا فأجاب بأنه يزول ثم يعود بالإسلام وهذا ليس واقعا ، وإلا لم يستند إلى ماقبله كالملك الراجع بالرجوع (قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لايزول ملكه) والأصح من قول الشافعى مثل قوله ، وبه قال مالك وأحمد فى رواية وقولهما قول آخر للشافعى . وجهه (أنه مكلف محتاج) ولا يتمكن من إقامة التكليف إلا بماله ، وأثر الردة فى إباحة دمه لا فى زوال ملكه ، فإن لم يقتل يبقى ملكه وصار (كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) لايزول ملكه مالم يقتل (ولأبى حنيفة أنه كافر حربى مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل) والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف فى المال ولا يكون ذلك إلا بالعصمة ، وكونه حربيا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) ومقتضى هذا أن يزول فى الحال على البتات (إلا أنه مدعوّ إلى الإسلام ويرجى عوده إليه) لأنه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به ، نسأل الله حفظه علينا إلى الجنة بمنه وكرمه ، فالغالب على الظن عوده إلى الإسلام (فتوقفنا فى أمره ، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم) وهو زوال الملك (وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب) عمله ، وإن ثبت منه أحد ماقلنا عمل عمله من وقت وجوده ، ولا

(فإن أسلم عادت على حالها ، قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبى حنيفة ، وعندهما لايزول لأنه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لأنه لايتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك ، فيبقى ملكه (إلى أن يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) والجامع أن كلا منهم مكلف مباح الدم (وله أنه حربىّ مقهور تحت أيدينا) بدليل أنه يقتل (ولا قتل إلا بالحراب) فكان القتل هاهنا مستلزما للحراب لأن نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لايقتل الأعمى والمقعد والشيخ الفانى ، وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلابد من لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أى كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) لأن المقهورية أمارة المملوكية ، فإذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته ، وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعوّ إلى الإسلام بالإجبار عليه وعوده مرجوّ) وذلك يوجب بقاء المالكية لأنه حى مكلف يحتاج إلى مايتمكن به من أداء ماكلف به ، فبالنظر إلى الأوّل يزول ملكه ، وبالنظر إلى الثانى لايزول (فتوقفنا فى أمره) وقلنا بزوال موقوف (فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب ، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه) لايقال : إذا كان كذلك كان الواجب أن لايخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل

(قوله وعندهما لايزول لأنه الخ) أقول : منقوض بملك المرقوق كما يشير إليه دليل أبى حنيفة (قوله والجامع أن كلا منهم الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته) أقول : قوله ومالكيته كأنه عطف تفسيرى (قوله يستلزم ارتفاع الملك الخ) أقول : لعل المراد ارتفاع إضافة الملك إليه ، وإلا فظاهر أن الملك نفسه غير مرتفع .

قال (وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه فى إسلامه إلى ورثته المسلمين ، وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيئا) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف و محمد : كلاهما لورثته) وقال الشافعى :كلاهما فئ لأنه مات كافرا والمسلم لايرث الكافر، ثم هومال حربى لا أمان له فيكون فيئا . ولهما أن ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ماقبيل ردته إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم .

يخفى أن الحرابة لاتوجب انتفاء الملك بل زوال العصمة ، فإن الحربى يملك غير أن مملوكه لاعصمة له ، فإذا استولى عليه زال ملكه ، فكون المرتد حربيا قصارى مايقتضى زوال عصمة ماله ونفسه تبعا ، وهو لاينفى قيام الملك فى الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ، ولهذا زاد قوله مقهورا تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه . واعلم أن حقيقة المراد أن بالردة يزول ملكه زوالا باتا ، فإن استمر حتى مات حقيقة أو حكما باللحاق استمر بالزوال الثابت من وقت الردة ، وإن عاد عاد الملك وهما هربا من الحكم بالزوال لأن الساقط لايعود ، فيقول أبو حنيفة إن الردة لما اقتضت الزوال والإجماع على أنه إن عاد وماله قائم كان أحق به وجب أن يعمل بهما فيقول بالردة يزول ، ثم بالعود يعود شرعا ، هذا بعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه . قال الشيخ أبو نصر البغدادى : إن أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاته من جميع المال ، وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر من الثلث . وجه قول محمد أنه فى معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالا ، وأبو يوسف يمنعه ويقول : المرتد متمكن من دفع الهلاك بالإسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وإن مات أو قتل على ردته أو أوحكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه فى إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيئا) لجماعة المسلمين يوضع فى بيت المال (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : كلا الكسبين لورثته . وقال الشافعى) ومالك وأحمد (كلاهما فىء لأنه مات كافرا والمسلم لايرث الكافر) إجماعا (فبقى مال حربى لا أمان له) لم يوجف عليه بخيل ولاركاب (فيكون فيئا. ولهما أن ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على مابيناه) من أنه مكلف محتاج إلى آخره (فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ماقبيل ردته إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم) وهذا لاينتهض على الشافعى إلا إذا بينا لمية الاستناد، وهو أن يقال : إن أخذ المسلمين له إذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا إلى ماقبيل ردته وإلا كان توريث الكافر من المسلم ، ومحمل الحديث الكافر الأصلى الذى لم يسبق له إسلام . أو نقول : استحقاق المسلمين له بسبب الإسلام والورثة ساووا المسلمين فى ذلك وترجحوا بجهة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة إلى قرابة ذات جهة كالأخ الشقيق مع الأخ لأب قال تعالى - أومن

فى غير هذا الموضع . لأنا نقول : ذلك مقتضاه إذا تساوى الجهتان وأفضى إلى الشك ، وهاهنا ليس كذلك ، فإن جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف ، وإنما قيد بقوله فى حق هذا الحكم احترازا عن إحباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الإيمان ، فإن الارتداد بالنسبة إليها قد عمل عمله . وقوله (وإن مات أوقتل على ردته) أعاده لأنه لفظ القدورى رحمه الله ، والأول كان لفظه ذكره شرحا للكلام . وقوله (ثم هو مال حربى فيكون فيئا) يعنى يوضع فى بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع . وقوله (على مابيناه) إشارة إلى قوله لأنه مكلف محتاج الخ . وقوله (ويستند) يعنى التوريث (إلى ماقبيل ردته) فيجعل كأنه اكتسبه فى حال الإسلام فورثه ورثته منه من وقت الإسلام

(قوله وقوله ويستند : يعنى التوريث) أقول : فيه بحث، فإن المرتد قبل ردته حى حقيقة وحكما فكيف يستند إليه التوريث فإنه يستلزم تقدم الحكم على السبب فليتأمل فى جوابه ، فالشرع جعل السبب هو الجزء المقدم على الردة من الزمان لئلا يلزم توريث المسلم من الكافر .

ولأبي حنيفة أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ، ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبارا للاستناد . وعنه أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ، ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت . وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت

كان ميتا فأحييناه ـ (ولأبي حنيفة) ماقالاه في وجه التوريث إلا (أنه إنما يمكن في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة) وهي الموت فيستند الإرث إلى ماقبله ، وقد قلت إن بمجرد ردته زال ملكه ، فما اكتسبه بعد الردة لايقع مملوكا له ليمكن استنادالتوريث فيه إلى ماقبيل موته الحكمي : أعني الردة لأنه إنما يورث ماهو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو أن المرتد تزول أملاكه بالردة المستمرة على ماحققناه عنده ، وعندهما لايزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكمي باللحاق ، وإذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ، ثم إذا تحقق الموت وقلنا بوجوب إرثهم إياه والفرض أن له مالا مملوكا فلا بد من إرثهم له وإرثهم يستدعي استناده إلى ماقبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وإن كان معدوما حسا وتحقيقا ، والله أعلم (قوله ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة) بأن كان حرا مسلما (وبقي كذلك إلى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة) رواها عنه الحسن بن زياد ، وهذا لاعتبار الاستناد في الإرث ، فإن المستند لابد أن يثبت أولا ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الإرث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده ، حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولد من علوق حادث بعد الردة لايرثه على هذه الرواية (وعنه أنه يرثه من كان وارثا عند الردة) فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة إلى الموت ، وهذه رواية عن أبي يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو ردته بعد ردة أبيه (بل) إذا مات أو ارتد (يخلفه وارثه) وهو وارث الوارث ، وعلى هذه الرواية عول الكرخي لأن الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) واللحاق وهي رواية محمد عنه . قال في المبسوط : وهذا أصح

(ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد) أي استناد التوريث (في كسب الإسلام لوجوده) أي لوجود الكسب (قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم . لأنا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لايجوز (ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا إلى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولد له من علوق حادث بعد ردته لايرثه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وهي رواية الحسن عنه (اعتبارا للاستناد) يعني أن الردة يثبت بها الإرث بعد وجود الأشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب ، وإن لم يثبت قبل وجودها ، فإذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلأجل هذا شرط أن يكون وارثا إلى وجود أحدها (وعنه) أي عن أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف (أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لايبطل استحقاقه بموته) أي بموت الوارث (بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت) في التوريث ، ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لايبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد ، قيل وهو الأصح (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) يعني أحد الأمور الثلاثة سواء كان موجودا

لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض ، وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته وهى فى العدة لأنه يصير فارا وإن كان صحيحا وقت الردة .

(لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده) ألا ترى أن الولد الذى يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد فى أنه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن إلا أنها غير مضمونة ، حتى لو هلك فى يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شىء وبقى الثمن كله على البائع ، فلو كان من بحيث يرثه كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم ورثه ، وهو قول أبى يوسف ومحمد ، إلا أن الكرخى حكى بينهما خلافا فى اللحاق . فعند أبى يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق ، وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم . وجه أبى يوسف أن العارض يعنى الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء . ووجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والأمان والذمة فى حق المستأمن والذمى فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فتؤدى الكتابة فإنه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال أداء الكتابة . وجوابه من قبل أبى يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت المأيوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء ، بل فى حكمه لانقطاع ولايتنا عنه وأحكامنا ، فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد وذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أى المرأة المسلمة (إذا مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهى فى العدة لأنه يصير فارا وإن كان صحيحا وقت الردة) وهذا لأن الردة لما كانت سبب الموت وهى باختياره أشبهت الطلاق البائن فى مرض الموت وهو يوجب الإرث إذا مات وهى فى العدة لأنه فار ، ولو كان وقت الردة مريضا فلا إشكال فى إرثها . وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصاراها أن يجعل بالردة كأنه طلقها . والفرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار ، فالتحقيق أن يقال بالردة كأنه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو بإصراره على الكفر مختار فى الإصرار الذى هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق فى مرض الموت ثم يموت قتلا أو حتف أنفه أو بلحاقه فيثبت حكم الفرار . وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنها ترثه وإن كانت منقضية العدة لأنها كانت وارثة عند ردته ، وبه قال أبو يوسف ، وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط ، وهى رواية أبى يوسف ، وما فى الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة إلى الموت ، أو على رواية اعتباره

وقت الردة أو حدث بعده (لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما فى الولد الحادث من المبيع قبل القبض) فى أنه يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن . قال فى النهاية : وحاصله أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا إلى وقت الموت أو القتل ؛ حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فإنهما لا يرثان . وعلى رواية أبى يوسف رحمه الله يشترط الوصف الأول دون الثانى . وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثانى دون الأول (وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهى فى العدة لأنه يصير فارا وإن كان صحيحا) لأنها سبب للهلاك كالمرض فأشبه ردته التى حصلت بها البينونة الطلاق فى حالة المرض ، والطلاق البائن حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت فى العدة . فإن قيل : أبو حنيفة يسند التوريث إلى ما قبل الردة وذلك يستلزم أن لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها أو غير المدخول بها لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن . أجيب بأن الموت الحقيقى سبب للإرث حقيقة فيستوى فيه المدخول بها وغيرها ، وأما الردة فإنها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهى ضعيفة فى السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة .

والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفىء ، بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهى مريضة لقصدها إبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لايرثها لأنها لاتقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة ، بخلاف المرتد . قال (وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت

وقت موته فقط . هذا واشتراط قيام العدة يقتضى أنها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك ، وذلك أن بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا إلى عدة فتصير أجنبية ، ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى أن المدخولة إنما تعتد فيها بالحيض لا الأشهر لم ينهض سببا للإرث إذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح ، لأن الإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت ، وبهذا أيضا لاترث المنقضية عدتها (قوله والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لاحراب منها) إذ المرأة لاحراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب الفىء) وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبى إسلامها وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها (بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رحمه الله) فإن كسبه فى الردة فىء لكونه محاربا فى الحال أو فى المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربى مقهور تحت أيدينا فلا يورث (قوله ويرثها زوجها المسلم إذا كانت ارتدت وهى مريضة) فماتت من ذلك المرض أو لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لأنها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ماتعلق حقه بمالها بسبب مرضها ، بخلاف ما لو ارتدت وهى صحيحة فإنها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها : وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها فى مرضها كطلاقه فى مرضه ، وردتها فى صحتها كطلاقه فى صحته ، وبه لايكون فارا إذا عرض له موت وهى فى العدة : بخلاف ماقررناه فى جانب الرجل فإن بردته فى صحته ترث إذا عرض له موت ، فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا فى صحته ، وعروض الموت المطلق فى صحته لايوجب له حكم الفرار ، فلذا جعلنا ردته كمباشرته لسبب مرض موته ثم بإصراره جعل مطلقا فى مرضه فإذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت ديونه المؤجلة

وقوله (بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رضى الله عنه) فإن ما اكتسبه فى حال ردته فهو فىء عنده ، وفرق بينهما بقوله لأنه لاحراب منها ، ومعناه فلا قتل إذ ذاك لما تقدم من الملازمة ، وحاصل الفرق أن المرأة لاتقتل والرجل يقتل . ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس ، وبالردة لاتزول عصمة نفسها حتى لاتقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل ، فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها (ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهى مريضة) والقياس أن لايرثها لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا مات وهى فى العدة ؛ ألا ترى أنه لو طلقها قبل الدخول بها فى مرضه لم يكن لها الميراث لأنها ليست فى عدته ثم هاهنا لاعدة على الرجل فينبغى أن لايرثها الزوج . ووجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله (لقصدها إبطال حقه) وبيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة إبطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما فى جانب الزوج ، بخلاف ما إذا كانت صحيحة حين ارتدت لأنها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لأنها لاتقتل ، بخلاف الرجل فلا يكون فى حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها (قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا) إن لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضى بلحاقه (عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت .

(قال المصنف : ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت) أقول : وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة . وأجيب بأن ردتها فى حكم العدم وإسلامها باق حكما لأنها بعد الردة تجبر على الإسلام وتحبس ، وباعتبار الجبر والحبس كأنها مسلمة ، إلى هذا أشار فى المبسوط .

الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه فى حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين) . وقال الشافعي : يبقى ماله موقوفا كما كان لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة فى دار الإسلام . ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هى منقطعة عن الموتى فصار كالموت ، إلا أنه لايستقرّ لحاقه إلا بقضاء القاضى لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء ، وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به وهى ما ذكرناها كما فى الموت الحقيقى ، ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه فى قول محمد لأن اللحاق هو السبب والقضاء

(ونقل ما اكتسبه فى دار الإسلام إلى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة ، وكذا ما اكتسبه فى أيام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شىء من ذلك ماكان مقيما فى دار الإسلام ، وأما ما أوصى به فى حال إسلامه فالمذكور فى ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل مطلقا من غير فرق بين ماهو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف . وذكر الولوالجى إن الإطلاق قوله وقولهما أن الوصية بغير القربة لاتبطل لأن لبقاء الوصية حكم الابتداء ، وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح ، وعند أبى حنيفة تتوقف فكذا هنا . قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة والمغنية . وقال الطحاوى : لاتبطل فيما لايصح الرجوع عنه ، وحمل إطلاق محمد لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها . ووجه البطلان مطلقا أن تنفيذ الوصية لحق الميت ، ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل مالا يصح الرجوع عنه كالتدبير لأن حق العتق ثبت للمدبر ، وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوى الذى ذكرناه آنفا (وقال الشافعى) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفا) ويحفظه الحاكم إلى أن يظهر موته ثمة أو يعود مسلما فيأخذه (لأنه) أى اللحاق (نوع غيبة فأشبه الغيبة فى دار الإسلام) وهذا لأن الدار عندهم واحدة (ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية إلزام أحكامه عنهم كما هى منقطعة عن الموتى) بخلاف الغيبة فى بلدة أخرى من دار الإسلام ، فإن أحكام الإسلام وولاية إلزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك ، وإذا صار اللحاق كالموت لأنه حقيقة الموت لايستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشىء من هذه الأحكام المذكورة فى الصحيح ، لا أن القضاء بشىء منها يكفى بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الأحكام المذكورة ، ولكونها كالموت قلنا : إذا لحقت الحربية فلزوجها أن يتزوّج بأختها قبل انقضاء عدتها ، ولأنه لاعدة على الحربية من المسلم لأن فى العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ، ولو سبيت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها لأن العدة بعد أن سقطت لاتعود (ثم المعتبر فى كون الوارث وارثا عند اللحاق فى قول محمد لأنه السبب والقضاء إنما

الديون التى عليه ، ونقل ما اكتسبه فى حالة الإسلام إلى ورثته المسلمين) عندنا (وقال الشافعى رضى الله عنه : يبقى ماله موقوفا) وهو أحد أقواله (لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة فى دار الإسلام) والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا (ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلأنه بين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم ، وأما حكما فلأنه لما أبطل إحرازه نفسه بدار الإسلام حين عاد إلى دار الحرب صار حربا على المسلمين فأعطى حكم أهل الحرب فى دار الحرب وهم كالميت فى حق المسلمين : قال تعالى ـ أو من كان ميتا فأحييناه ـ ولأن ولاية الإلزام منقطعة عنهم (كما هى منقطعة عن الموتى إلا أن لحاقه لايستقرّ إلا بقضاء القاضى لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء ، فإذا تقرر موته الحكمى تثبت الأحكام المتعلقة به وهى ماذكرناها) يعنى قوله عتق مدبروه الخ (كما فى الموت الحقيقى) (قوله ثم يعتبر) ظاهر ، والضمير فى لتقرره للحاق ، وقيل

(قوله وهم كالميت فى حق المسلمين ، قال الله تعالى ـ أو من كان ميتا فأحييناه) أقول : فيه بحث .

لتقرره بقطع الاحتمال . وقال أبو يوسف : وقت القضاء لأنه يصير موتا بالقضاء، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته) قال العبد الضعيف عصمه الله : هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام وإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه . وجه الأول أن المستحق بالسببين مختلف ، وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم . وجه الثاني أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ، ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث

ازم لتقرره بقطع الاحتمال) أي احتمال عوده : أي اللحاق لايوجب أحكام الموت إلا إذا كان مستقرا وهو أمر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر (وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من بحيث يرث وقت الردة كافرا أو عبدا ووقت القضاء مسلما معتقا ورث عند أبي يوسف لاعند محمد، وهذا (لأنه) أي اللحاق إنما (يصير موتا بالقضاء) لأنه بمجرده غيبة فتقررها بالقضاء به ، وبتقرره يصير موتا والإرث يعتبر عند الموت . وقدمنا تمام وجهي القولين (والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في المرتد وعلى الأحكام التي ذكرناها من عتق مدبريها وحلول ديونها (قوله وتقضى ديونه التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وديونه التي لزمته في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته) وعلى هذا فإن فضل من كسب الإسلام عن ديون الإسلام شيء ورثته الورثة وإلا لايرثون شيئا ، ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لايورث لأنه لا يورث كسب الردة . . قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قيل رواها زفر عنه ، ولم ينسب الكرخي هذا إلى أبي حنيفة بل قال : وقال زفر والحسن : ما لحقه في حال الإسلام إلى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام) فيقضى منه الدينان جميعا ، فإن وفى فكسب الردة فيء لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة إلا أن يفضل عن كسب الإسلام شيء عن الدينين (فإن لم يف كمل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهو أن يقضى الدينان جميعا من كسب الردة ، فإن وفى بالديون ورثت الورثة كسب الإسلام كله ، وإن لم يف كمل من كسب الإسلام وورثت الورثة مافضل إن فضل شيء ، وهذه رواية أبي يوسف عنه (وجه الأول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهو دين الإسلام ودين الردة (مختلف ، وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم . وجه الثاني) وهو رواية الحسن (أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ، ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار

للسبب وهما متقاربان (قوله هذا رواية عن أبي حنيفة) هو رواية زفر رحمهما الله . وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (أنه يبدأ بكسب الإسلام) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله وعنه) أي عن أبي حنيفة أيضا وهو رواية أبي يوسف عنه (على عكسه) وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة (قوله وجه الأول أن المستحق بالسببين) أي المداينتين (مختلف) وتقريره أن المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف : فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف أداؤه إليه ليكون الغرم بإزاء الغنم وقوله (وجه الثاني) تقريره أن كسب الإسلام ملكه وكل ماهو ملكه يخلفه الوراث فيه ، ومن شرط هذه الخلافة

(قوله وجب به المستحق وهو الدين الخ) أقول : قوله وهو راجع إلى المستحق .

فيقدم بالدين عليه ، أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه ، كالذى إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ، ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك هاهنا . وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديما لحقه .

ما عليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه أما كسب الردة فليس مملوكا له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبى حنيفة فلا يقضى دينه منه ، إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه) فإن قيل : كيف يقضى منه وهو فىء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين ؟ أجاب فقال : لا بعد فى هذا (فإن الذى إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك إن كان عليه دين يقضى منه أوّلا وما فضل يكون للمسلمين (فكذلك هاهنا) قال فى المبسوط : وعلى هذا لا ينفذ تصرفه فى الرهن وقضاء الدين من كسب الإسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبى يوسف (أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق فى مال المريض ، وإلا فهو قد ذكر أن أملاكه تزول ، غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ؛ ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه ، وإذا كان خالص حقه (كان قضاء دينه منه أولى ، إلا إذا لم يف فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديما لحقه) قال فى المبسوط : وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين ، فإذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله ؛ فهذه ثلاث روايات عن

الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين ، وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر بأن لم يكن له كسب الإسلام . فإن قيل : لما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه ؟ أجاب بقوله (كالذى إذا مات ولا وارث له) فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ، ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه . وقوله (وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة) تقريره : كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، وقضاء الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الإسلام تقديما لحقه . وفيه بحث من أوجه : الأول ما قيل إن هذا يناقض قوله : أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة . والثانى أن كون كسب الإسلام حق الورثة ممنوع ، فإن حقهم إنما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورّث . والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع ، فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى . وأجيب عن الأول بأن المعنى من خلوص الحق هاهنا هو أن لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق فى مال المريض ، ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ؛ ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له ، وكذلك الذى إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا . وعن الثانى بأن الدين إنما يتعلق بماله عند الموت ، لا بما زال من قبل ، وكسب الإسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة ، وكسبه فى الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به . وعن الثالث بأن كسب الإسلام بعرضية أن يصير خالص حقه بالتوبة ، فكان أحدهما خالص حقه ، والآخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الأول أولى . هذا على طريقة أبى حنيفة رضى الله عنه . وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لأنهما جميعا

(قوله أجاب بقوله كالذى الخ) أقول : فيه بحث لوضوح الفرق بينهما .

وقال أبو يوسف ومحمد : تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه حتى يجرى الإرث فيهما، والله أعلم . قال (وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته فهو موقوف ، فإن أسلم صحت عقوده ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز ماصنع فى الوجهين . اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام : نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لايفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية . وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له .

أبى حنيفة ، ولو لم يكن له مال إلا ما اكتسبه فى حال ردته قضى منه (وقال أبو يوسف ومحمد : تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه عندهما) حتى يجرى فيهما الإرث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو أعتقه أو رهنه إلى آخره) قال المصنف رحمه الله (اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام : نافذة بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لايفتقر إلى حقيقة الملك فى الاستيلاد ولا إلى تمام الولاية) فى الطلاق ، فإن الاستيلاد يصح فى جارية الابن وحق المرتد فى ماله أقوى من الأب فى جارية ابنه ، ولذا تصح دعوى المولى ولد أمة مكاتبه وحق المرتد فى ماله أقوى من حق المولى فى كسب المكاتب لأن المال موقوف على حكم ملكه ، حتى إذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للأب والمولى فيهما ، والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فإنه لا ولاية له على نفسه . وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق . أجيب بأنه لايلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق ، وقد سلف أن المبانة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة . وصرح فى المحيط بأن الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التى يلحقها الطلاق مع أن الردة لاتلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ، ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لأنها لاتبنى على حقيقة الملك (وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنها تعتمد الملة ولا ملة له) لأنه غير

ملكه حتى يجرى الإرث فيهما على ماتقدم من مذهبهما . قال (وما باعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التى اختلف علماؤنا رحمهم الله فى نفاذه وتوقفه وقال : وهذا عند أبى حنيفة ، وإنما قال كذلك لأن المسئلة من مسائل القدورى ، وليس الخلاف فيه مذكورا فى هذا الموضع ، وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح إلا مانذكره ، فقوله يجوز ماصنع فى الوجهين يريد بأحدهما الإسلام وبالثانى القتل والموت واللحاق . وقوله لأنه لايفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاد والطلاق ؛ فقوله إلى حقيقة الملك : يعنى فى الاستيلاد ، فلو ولدت جاريته وادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لأن حقه فى ماله أقوى من حق الأب فى جارية الابن واستيلاد الأب صحيح ، فكذلك استيلاده حيث لايحتاج إلى حقيقة الملك ، وإنما يكتفى فيه بحق الملك . وقوله (وتمام الولاية) يعنى فى الطلاق فإنه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه . فإن قيل : الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد ؟ أجيب بأن المرتد يقع طلاقه كما لو أبان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ماعرف ، على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا (قوله لأنه) أى كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولا ملة له) لأنه ترك ماكان عليه ولا يقر على مادخل فيه لوجوب القتل . واستشكل بأن المراد بالملة إن كان الإسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبائحهم ، وإن كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فإنهم ليس لهم ملة سماوية لامقررة

(قال المصنف : نافذ بالاتفاق كالاستيلاد الخ) أقول : فى الكافى وتسليم شفعته والحجر على عبده المأذون اه . وعد الإمام التمرتاشى الحجر على المأذون من المختلف فى توقفه (قوله وإن كان المراد بها الملة السماوية الخ) أقول : وأيضا المرتد إذا ارتد إلى النصرانية أو اليهودية كان له ملة سماوية ، إلا أن يقال الشرع لم يجعلها له ملة حيث أجبر على العود إلى الإسلام .

وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم . ومختلف فى توقفه وهو ماعددناه . لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ، ولا خفاء فى وجود الأهلية لكونه مخاطبا ، وكذا الملك لقيامه قبل موته على ماقررناه من قبل ، ولهذا او ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لايرثه فيصح تصرفاته ، إلا أن عند أبى يوسف تصح كما تصح من الصحيح ، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام ، إذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة .

مقرّ على ما انتقل إليه من دين سماوى أو غيره ، كالشرك فهو بمنزلة من لاملة له ، وهذا حاصل مافسر به ظهير الدين من أن المراد بالملة التى يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل ، والمرتد لايتحقق فى نكاحه شىء من ذلك لأنه لايقرّ حيا ومن هذا القسم إرثه ، وأما الإرث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين (وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لأنها تعتمد المساواة) بين الشريكين (ولا مساواة بين المسلم والمرتد) فيتوقف عقد المفاوضة ، فإن أسلم نفذت ، وإن مات أوقتل أو قضى بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عنانا عندهما ، وعند أبى حنيفة تبطل أصلا لأن فى العنان وكالة وهى موقوفة عنده (ومختلف فى توقفه وهو ماعددناه) من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والإجارة ، والوصية عنده هى موقوفة إن أسلم نفذت وإن مات أو قتل أو لحق بطلت (لهما أن الصحة) للمعاملات التى ذكرناها (تعتمد الأهلية) لها (والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء فى وجود الأهلية لكونه مخاطبا) بالإيمان ، وكذا قتله فرع كونه مكلفا (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ماقررناه) يعنى من قوله مكلف محتاج إلى آخره ، ومما يوضح كون ملك المرتدة باقيا أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة لستة أشهر فصاعدا ورثه ، فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ، ولو أن ولده قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لايرثه ، وإذا كان ملكه قائما وأهليته نفذت تصرفاته عندهما (إلا أن عند أبى يوسف تصح كما تصح من الصحيح) من جميع المال (لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل) فلا يكون كالمريض

ولا محرفة ، وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضى بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم . وأجيب بأن المراد بالملة مايتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجرى به التوارث بين الزوجين لأن ماهو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل ، والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما ، لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الأغراض من النكاح ، بخلاف المجوس وأهل الشرك فإنهم دانوا دينا يقرون عليه قبل الإسلام وبعده إن لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة . وقوله (كالمفاوضة) معناه أن المرتد إن فاوض مسلما توقف ، فإن أسلم نفذت المفاوضة وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضه بالاتفاق (قوله وهو ماعددناه) يعنى قوله وما باعه أو اشتراه الخ . وقوله (على ماقررناه) إشارة إلى قوله لأنه مكلف محتاج الخ . وقوله (ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر) توضيح لوجود ملك المرتد : يعنى فلوكان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد . وقوله (ولومات ولده بعد الردة) يعنى لو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لايرثه : فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه هذا الولد لأنه كان حيا وقت ردة الأب ، فإذا ثبت وجود الأهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور فى الكتاب .

(قوله وأجيب بأن المراد بالملة مايتدينون به نكاحا الخ) أقول : قوله نكاحا حال . ثم أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا أريد بالملة ذلك ينبغى أن تحل ذبائح المجوس والمشركين وليس كذلك . قال فى النهاية : فالحاصل أن حل الذبيحة يقتضى ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لومات عليها يرثها من كان عليها بملك النكاح انتهى ، فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز أو بين معنيى المشترك (قال المصنف : والنفاذ الملك)

وعند محمد تصح كما تصح من المريض لأن من انتحل إلى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضى إلى القتل ظاهرا، بخلاف المرتدة لأنها لاتقتل . ولأبى حنيفة أنه حربى مقهور تحت أيدينا على ماقررناه فى توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربى يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله، فكذا المرتد ، واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة فى الفصلين فأوجب خللا فى الأهلية ، بخلاف الزانى وقاتل العمد لأن الاستحقاق فى ذلك جزاء على الجناية

(وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لأن من انتحل نحلة لاسيا) إذا كان بها (معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه) فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت ، إلا أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الإسلام ، بخلاف المريض (ولأبى حنيفة رحمه الله أنه حربى مقهور تحت أيدينا على ماقررناه فى توقف الملك) أى عوده لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه بردته ثم يعود بعوده إلى الإسلام من أنه حربىّ مقهور نفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) فإن التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملاكا لمن قامت به ، وزوال أملاك مثلا البيع يوجب أن يملك المبيع وأن يخرج من ملكه الثمن والإجارة كذلك ، والفرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع إفادة هذه التصرفات أحكامها فى الحال ، فإن أسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد (كالحربى يدخل دارنا بلا أمان فيؤخذ) أى يؤسر (فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله) حيث كان للإمام الخيار بين استرقاقه وقتله ، فإن قتل أو أسر لم تنفذ منه هذه أو أسلم لم يؤخذ له مال (فكذا المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقضىّ عليه بالقصاص والرجم لأنه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصا فإنه لايمكن له حالة غير القتل ، بخلاف المرتد فإن غيرها محتمل فى حقه لاحتمال إسلامه ، ومع ذلك لايزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة . فأجاب بالفرق (بأن استحقاق القتل فى الفصلين) أى الحربى والمرتد (لبطلان العصمة) بانتفاء سببها وهو الإسلام (فأوجب خللا فى الأهلية ، بخلاف الزانى والقاتل عمدا لأن استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجناية) مع بقاء سبب العصمة وهو الإسلام فيبقى مالكا حقيقة

وقوله (على ماقررناه فى توقف الملك) إشارة إلى ماقدمه من قوله وله أنه حربىّ مقهور تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) أى على توقف الملك . وقوله (لتوقف حاله) أى حال الحربى بين الاسترقاق والقتل والمن . وقوله (وكذا المرتد) يعنى حاله يتوقف بين القتل والإسلام ، ثم هناك إن استرق أو قتل بطل وإن ترك نفذ فكذلك هاهنا . واعترض عليه بأن الحربى الذى دخل دارنا بغير أمان يكون فيئا فكيف تتوقف تصرفاته ، والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض . وقوله (واستحقاقه القتل) جواب عن قولهما ولا خفاء فى الأهلية . وتقريره : لانسلم وجود الأهلية لأن الصحة تقتضى أهلية كاملة وليست بموجودة فى المرتد ، كما أنها ليست بموجودة فى الحربى لأن كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل فى الأهلية . وقوله (فى الفصلين) يريد به فصل الحربى وفصل المرتد . فإن قيل : لو كان استحقاق القتل موجبا لخلل فى الأهلية مؤثرا فى توقف التصرفات لكان تصرفات الزانى المحصن الذى يستحق الرجم وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل . أجاب بقوله (لأن الاستحقاق فى ذلك) يعنى أن الاستحقاق الموجب للخلل وهو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة ، والزانى والقاتل ليسا كذلك لأن الاستحقاق فيهما (جزاء على الجناية) وقوله

أقول : بالرفع عطف على الضمير فى قوله يعتمد ، ولا يجوز النصب على المذهب المنصور لئلا يلزم العطف على معمولى عاملين مختلفين ، وبهذا تبين ما فى شرح الإتقانى من الخلل ، وأنت خبير بأنه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعتمد النفاذ والملك ، إلا أن يقال يغتفر فى الثوانى ما لايغتفر فى الأوائل ، وفيه بحث (قوله واعترض عليه بأن الحربى) أقول : المعترض هو الإتقانى .

وبخلاف المرأة لأنها ليست حربية ولهذا لاتقتل (فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه ، وإذا عاد مسلما احتاج إليه فيقدم عليه ؛ بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه ، وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ، ولو جاء مسلما قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما لما ذكرنا

لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ، ولهذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به ، وإنما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتدة لأنها ليست حربية ولهذا لاتقتل) قال أبو اليسر : ماقالاه أحسن لأن المرتد لايقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لاحكميا ، والملك يبطل بالقهر الحكمي لا الحقيقي ، ولهذا المعنى لايبطل ملك المقضي عليه بالرجم . وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة ، بل نقول : إنما أوجب الاسترقاق ذلك في الأصل للقهر الكائن بسبب حرابته ، وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق أولى لأن الرق يتصور معه ملك النكاح ، بخلاف قهر المرتد (قوله وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الإسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه) نقدا أو عرضا (أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه) عنه بالموت المحكوم به (وإذا عاد مسلما) فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة ، ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة إذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج من ساعتها لأنها فارغة من النكاح والعدة كأنها حييت الآن ، قال تعالى ـ أومن كان ميتا فأحييناه ـ فإذا حيي (احتاج إليه فيقدم على الوارث) وعلى هذا لو أحيا الله سبحانه وتعالى ميتا حقيقة وأعاده إلى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته (بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لايقبله كعتق وتدبير واستيلاد فإنه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه (وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه) لايعودون في الرق (لأن القضاء) بعتقهم (قد صح بدليل مصحح) له وهو اللحاق مرتدا لأنه كالموت الحقيقي فنفذ ، والعتق بعد نفاذه لايقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم : أعني المرتد الذي عاد مسلما ، هذا إذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق ، فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق (فكأنه لم يزل مسلما) كأنه لم يرتد قط (لما ذكرنا)

(وبخلاف المرأة) جواب عن قولهما وصار كالمرتدة . قال (فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه) أي إذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام (مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب (وإذا عاد مسلما احتاج إليه فيقدم عليه) أي على الوارث . قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا : ولو كان هذا بعد موته حقيقة بأن أحياه الله تعالى وأعاده إلى الدنيا كان الحكم فيه هكذا إلا أنه خلاف العادة (بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه) فإنه لا سبيل له لأنه أزاله في وقت كان فيه بسبيل من الإزالة فنفذت (وبخلاف أمهات الأولاد والمدبرين) فإنه لاسبيل له عليهم (لأن القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح) وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية ، لأنه لوكان في دار الإسلام كان له أن يميته حقيقة ، فإذا خرج عن ولايته كان له أن يميته حكما ، فإذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ ، والعتق بعد وقوعه لايحتمل النقض (ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما) فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم لايعتقون بقضاء القاضي ، وماكان عليه من الديون فهو إلى أجله كما كانت (لما ذكرنا) يعني من قوله

(قوله وصار كالمرتدة) أقول : أنت خبير بأن قوله وصار كالمرتدة ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف (قال المصنف : فما وجده في يد الخ) أقول : قال في الكافي : ولكن إنما يعود إلى ملكه بقضاء أو رضا .

(وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له فى حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادّعاه فهى أم ولد له والولد حرّ وهو ابنه ولا يرثه ، وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما قلنا ، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار فى حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد ، أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلما تبعا لها لأنها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد

من أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء ، وما لم يستقر لا يورث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرقاء ، وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون إلى أجلها لعدم تقرر الموت ، وصار كالعبد إذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ، إن كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ ، وإن عاد قبله جعل الإباق كأن لم يكن (قوله وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له فى حالة الإسلام فجاءت بولد لستة أشهر أو أكثر) ولو إلى عشر سنين (منذ ارتد فادّعاه فهى أم ولد له والولد حرّ وهو ابنه) وثبت لأمه حق أمية الولد (ولا يرثه ، فإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات) المرتد (على ردته ، أو لحق بدار الحرب . أما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا) إنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الأب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث فى شرح الجامع الصغير (وأما أنه لا يرثه فلأن الأم إذا كانت) يهودية أو (نصرانية يجعل الولد تبعا للمرتد لا لأمه) لقرب المرتد إلى الإسلام للجبر عليه ، والظاهر أنه لا يؤثر القتل على العود (فصار الولد فى حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد) ولا غيره (وأما إذا كانت) الأمة (مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لأنها خيرهما دينا . والمسلم يرث المرتد) ولا يقال : لم لم يجعل تبعا للدار فيما إذا كانت الأم نصرانية ، لأنه إنما يجعل تبعا للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبى وليس معه أحدهما أو يلتقط فى دار الإسلام ، ولا يظن أن هذا ينتقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما ، فإنه يبقى مسلما مع وجودهما لأن الحكم بإسلامه فى هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لأنه كان حين ولد مسلما فيبقى على ما كان عليه ، بخلاف مسئلة الكتاب لأنه لم يسبق للولد حكم الإسلام إذا لم يوجد فى زمن إسلامهما ، وتقييد المسئلة بما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا احترازا عما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يرثه إذا مات أو لحق أو قتل على ردته ، وذلك للتيقن بحصول العلوق فى حالة إسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد . وفى الفوائد الظهيرية ماذكر فى الكتاب أن الإرث يستند إلى حالة الإسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه فى حالة الردة يضعف بهذه المسئلة ، لأن الولد يعنى ولد الأمة المسلمة هناك لم يكن موجودا حال الإسلام ، ومع هذا يرث ، فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبى حنيفة أن من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعدها انتهى . وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الأئمة ، وعلى هذا فيكون تخصيصا لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر » بالكافر الأصلى ، إلا أنه

إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضى . وقوله (وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية) ظاهر . وقوله (فلما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الأكثر منها ، وإنما قيد بقوله لأكثر من ستة أشهر احترازا عما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، فإن الولد يرث أباه المرتد وإن كانت أمه نصرانية ، لأنا تيقنا حينئذ بوجوده فى البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لأبيه ، وأما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة

(قال المصنف : والمسلم يرث المرتد) أقول : وهذا يستقيم على رواية محمد من اشتراط كونه وارثا عند الموت . قال الإمام العلامة الكاكى : فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه عن محمد عن أبى حنيفة .

(وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فىء ، فإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث ، والثانى انتقل إلى الورثة بقضاء القاضى بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما (وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة ،

محتاج إلى دليل التخصيص . ويمكن كونه دلالة الإجماع على إرث المسلمين ماله إذا لم يكن له وارث ، لأن ذلك لإسلامهم على ماقدمناه فارجع إليه ، وهذا كله بناء على كونه إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بأن العلوق بعد الردة . والوجه أنه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها فى حالة الإسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها ، وهذا يمكن إذا جاءت به لأقل من سنتين بلحظة لأنه أحوط للحكم بالإسلام لأنه على هذا الاعتبار يعلق مسلما ويرثه وإن كان خلاف المذهب كالذى جاءت به لأقل من ستة أشهر ، إلا أن على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لايرث (قوله وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر) المسلمون (على ذلك المال فهو فىء) بإجماع الأئمة الأربعة ، وإنما يخالف الأئمة الثلاثة فيما كان فى دار الإسلام من الباقى من ماله على ماتقدم أنه عندهم محفوظ له إلى أن يظهر موته فيصير فيئا . ولا يشكل كون ماله فيئا دون نفسه ، فإن مشركى العرب كذلك (وإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو أنهم (إن وجدوه قبل القسمة رد عليهم) وإن وجدوه بعدها أخذوه بقيمته إن شاءوا ولو كان مثليا ، فقد تقدم أنه لايؤخذ لعدم الفائدة . ثم جواب هذا الكتاب أعنى الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لايفصل بين أن يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله ، أما إذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لأنه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب . وأما إذا عاد قبله كان عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيقرر موته ، وما احتيج إلى القضاء باللحاق لصيرورته ميراثا إلا ليترجح عدم عوده فيتقرر إقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء . وفى بعض روايات السير جعله فيئا لأن بمجرد اللحاق لايصير المال ملكا للورثة . والوجه ظاهر الرواية (قوله وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للأئمة

لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما بإسلام الأب قبل الردة (وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فىء) أى المال فىء دون نفسه ، ويجوز أن يكون المال فيئا دون نفسه كمشركى العرب (وإن لحق ثم رجع) يعنى وإن لحق وحكم القاضى بلحاقه ثم رجع (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) والفرق بين المسئلتين أن الأول مال لم يجر فيه الإرث فهو مال الحربى ، وإذا ظهر على مال الحربى فهو فىء لا محالة (والثانى انتقل إلى ورثته بقضاء القاضى بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم إذا وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة أخذه مجانا ، فإن لم يكن القاضى حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ، فى ظاهر الرواية يرد على الورثة أيضا لأنه متى لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لايعود فكان ميتا ظاهرا . وفى بعض روايات السير يكون فيئا لاحق للورثة فيه لأن الحق لايثبت لهم إلا بالقضاء (وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة ،

والمكاتبة والولاء للمرتد الذى أسلم) لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ ، فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته ، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل ، والولاء لمن يقع العتق عنه (وإذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية فى مال اكتسبه فى حال الإسلام خاصة عند أبى حنيفة . وقالا : الدية فيما اكتسبه فى حالة الإسلام والردة جميعا) لأن العواقل لاتعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون فى ماله . وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته فى الحالين ، ولهذا يجرى الإرث فيهما عندهما . وعنده ماله المكتسب فى الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب فى الردة لتوقف تصرفه ، ولهذا كان الأول ميراثا عنه . والثانى فيئا عنده (وإذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب

الثلاثة (والولاء والمكاتبة) أى بدل الكتابة (للمرتد الذى أسلم ، لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) وهو القضاء بالعبد له ، وإلى نقل الملك إلى الأب لأن المكاتب لايحتمل النقل من ملك إلى ملك فجعل كأن الابن وكيل عنه ، فإنه لما لحق بدار الحرب كان كأنه سلط ابنه على التصرف فى ماله (وحقوق العقد ترجع إلى الموكل فى الوكالة) بالكتابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فلهذا كان الولاء للمرتد الذى عاد مسلما ، بخلاف ما إذا كان أدى بدل الكتابة إلى الابن فإن الولاء حينئذ يكون للابن (قوله وإذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية فى مال اكتسبه فى حال إسلامه خاصة عند أبى حنيفة ، وقالا : فى مال اكتسبه فى الردة والإسلام) أما أن الدية فى ماله (فلأن العواقل لاتعقل المرتد) لأن تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التى بها يقوى على الجرأة ولا نصرة منهم للمرتد ، وأما أنها عنده فى كسب الإسلام فقط فلأنه لايملك غيره عنده ، وعندهما يملك الكل فيكون مالزمه من الكل ، وعلى هذا إذا غصب مالا فأفسده يجب ضمانه فى مال الإسلام وعندهما فى الكل ، وعلى هذا لو لم يكن له كسب الإسلام واكتسب فى الردة تهدر الجناية عند أبى حنيفة خلافا لهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدأ ، والمكتسب خبره ، والأولى فى مثله الإتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة ، إلا أنه تركه للاهتداء إليه لفساد المعنى على الصفة ، وجناية العبد والأمة والمكاتب المرتدين كجنايتهم فى غير الردة لأن الملك فيهما قائم بعد الردة ، والمكاتب يملك أكسابه فى الردة فيكون موجب جنايته فى كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر (قوله وإذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع أو لحق

والمكاتبة والولاء للمرتد الذى أسلم) أما جواز الكتابة (فلأنه لا وجه إلى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ) وهو قضاء القاضى باللحاق ، ثم بعد ذلك إما أن يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل إلى الأب ، لا سبيل إلى الأول لأن الكتابة لاتخل بملك الرقبة ، وقد ذكرنا أن المرتد إذا عاد مسلما أخذ ما وجده بعينه فى يد وارثه ، ولا إلى الثانى لأن المكاتب لايقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته لأن فى الوكالة خلافة احتيالا لبقاء حكم الحاكم فى صحة الكتابة فكأنه وكله فى كتابة عبده (وحقوق العقد فيه) أى فى عقد الكتابة (ترجع إلى الموكل) وأما أن الولاء للمرتد الذى أسلم فلأن الولاء لمن أعتق ، والعتق إنما يحصل منه بعد أداء بدل الكتابة ، بخلاف ما إذا رجع مسلما بعد أداء بدل الكتابة لأن الملك الذى كان له لم يبق قائما حينئذ . قال (وإذا قتل المرتد رجلا) كلامه واضح . وقوله (لانعدام النصرة) يعنى أن التعاقل إنما يكون باعتبار التناصر وأحد لاينصر المرتد فتكون الدية فى ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب فى حال الإسلام دون الردة عند أبى حنيفة رضى الله عنه (وعندهما الكسبان جميعا ماله) فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر ، وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل ليفصله

ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية فى ماله للورثة) أما الأول فلأن السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت ، بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لايلحقه الاعتبار ، أما المعتبر قد يهدر بالإبراء فكذا بالردة . وأما الثانى وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى بلحاقه فلأنه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى ، فإذا لم يقض القاضى بلحاقه فهو على الخلاف الذى نبينه إن شاء الله تعالى . قال (فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد وزفر : فى جميع ذلك نصف الدية، لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب

ثم جاء مسلما ومات منه فعلى القاطع نصف الدية فى ماله للورثة) فيهما (أما الأول) وهو وجوب نصف الدية فيما إذا مات فلأن القطع وإن وقع على محل معصوم لكن السراية التى بها صار القطع قتلا حلت المحل بعد زوال عصمته فأهدرت إذ لو لم تهدر وجب القصاص فى النفس للعمد . وأيضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة فى سقوط القصاص فى اليد ، وإذا أهدرت السراية وجب دية اليد لأن هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل مافيه دية اليد (بخلاف مالو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) القطع فإنه لايجب الضمان أصلا لأن القطع وقع فى وقت لاقيمة لها فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا (والهدر لايلحقه الاعتبار ، أما المعتبر فقد يلحقه الإهدار بالإبراء فكذا بالردة) وأما الثانى وهو وجوب نصف الدية إذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع . قال المصنف (ومعناه إذا قضى بلحاقه فإنه صار ميتا تقديرا) بالقضاء باللحاق (والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى) على أنها قتل لأنه ماثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع فى حال العصمة من حيث هو قطع لاقصاص فيه ، وفى ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما إذا لم يقض بلحاقه) حتى عاد مسلما فمات (فهو على الخلاف الذى نبينه) قال شمس الأئمة : الصحيح أنه على الخلاف . وقال فخر الإسلام : لانص فيه ، ثم قال : وهو على الاختلاف ، ويريد بقوله الذى نبينه مايذكر من أن على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلى هذه وهى قوله وإن لم يلحق : أى المقطوع يده مسلما إذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق (فعند أبى حنيفة وأبى يوسف على القاطع دية كاملة) استحسانا (وعند محمد وزفر فى جميع ذلك) يعنى الصور الأربعة ، وهى ما إذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم (نصف الدية) قياسا . ووجهه (أن اعتراض الردة أهدر السراية) حتى لو قتله قاتل لاشىء عليه ، فإذا أسلم بعد ذلك (لاينقلب

عن الصفة (قوله أما الأول) يعنى ما إذا مات على ردته (قوله فأهدرت) يعنى السراية لأنها لو لم تهدر لوجب القصاص فى العمد والدية الكاملة فى الخطإ لأن قطع اليد صار نفسا (بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) فإنه لايضمن القاطع من ذلك شيئا وإن كان معصوما وقت السراية (لأن الإهدار لايلحقه الاعتبار) يعنى إذا لم يقع معتبرا ابتداء لاينقلب معتبرا بعد ذلك لأن غير الموجب لاينقلب موجبا (أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذلك بالردة . قوله فإن لم يلحق وأسلم) يعنى إذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة (قوله فى جميع ذلك) أى فيما إذا مات على ردته أو لحق ثم جاء مسلما أو لم يلحق وأسلم وقوله (لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب

(قوله لأنها لو لم تهدر الخ) أقول : فيه نوع مصادرة (قوله لأن قطع اليد صار نفسا) أقول : الظاهر أن يقال صار قتلا .

بالإسلام إلى الضمان ، كما إذا قطع يد مرتد فأسلم . ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس ، كما إذا لم تتخلل الردة ، وهذا لأنه لامعتبر بقيام العصمة فى حال بقاء الجناية ، وإنما المعتبر قيامها فى حال انعقاد السبب وفى حال ثبوت الحكم ، وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين

بالإسلام إلى الضمان) من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربىّ فأسلم لايجب على الفاعل شىء (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لأنه مسلم (وتمت فيه) لأنه مسلم فى الحالين (فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة) وهذا لأن تخللها كائن فى حال البقاء فقط ، وإنما يوجب سقوط العصمة فى حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص فى النفس فيبقى ضمانها بالدية لأن سقوط العصمة فى حال البقاء لايمنع كمال موجب هذه الجناية إلا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء فى إيجابها ، والواقع أنه لامعتبر ببقائها فى ذلك ، وإنما المعتبر قيامها فى حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا ، وفى حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بمعزل) إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين) لاعبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط ، حتى إذا قال لزوجته إن دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت ، وكذا للعبد إن فعلت فأنت حرّ فباعه ثم اشتراه ففعل عتق ، وكذا وجود النصاب فى إيجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب وفى آخره ليثبت حكمه ، هذا إذا كان المقطوع يده هو الذى ارتد ، فلو كان القاطع هو الذى ارتد ففى المبسوط . فإن قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلما ، فإن كان عمدا فلا شىء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات ، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند إيجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته ، وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ، ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية فى الخطإ فى ماله لما بينا أن المرتد

بالإسلام إلى الضمان) دليله أن الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شىء فكذلك إذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاسخا البيع ثم مات العبد لم يجب إلا دية اليد كما لو مات على البيع ، لأن البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شىء ، لأن الإقدام على البيع إبراء عن الجناية من حيث المعنى ، وصار كما إذا قطع يد مرتد فأسلم سواء مات من القطع أو لم يمت حيث لايجب ضمان النفس فى الأول ولا ضمان اليد فى الثانى بناء على الأصل المارّ أن المهدر لايلحقه الاعتبار (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لأن الفرض أنه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لأن الفرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقى ظاهر . وقوله (وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين) يعنى إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق ، أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق . وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بإبراء ولا مستلزمة له لأنها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير إبراء ، إلا أنه إذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة ، بخلاف بيع العبد المجنى عليه لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه ، فإذا قطع الأصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالإبراء . وذكر فخر الإسلام رحمه الله فى شرح الجامع الصغير أن قول محمد وزفر رحمهما الله قياس ، وقول أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما استحسان . ولم يذكر فى الكتاب ما إذا

(قوله سواء مات من القطع أو لم يمت إلخ) أقول : الأولى هو الاكتفاء بقوله إذا مات من القطع وبيان حكمه ، فإن تعميمه يوهم أن لايجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضا بناء على ماذكره فتأمل .

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه مكاتبته وما بقى فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا ، فكذا إذا كان مكاتبا . وأما عند أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لاتتوقف بالردة فكذا أكسابه ؛ ألا ترى أنه لايتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى بالطريق الأولى

لايعقل جنايته أحد (قوله وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) فى أيام ردته يفى بكتابته (فأخذ بماله أى أسر) وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه مكاتبته وما بقى فلورثته ، وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا (إذ الكتابة لاتبطل بالموت فبالردة أولى ، وإذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبى حنيفة رحمه الله) فيشكل لأنه لايملكه كسب الردة إذا كان حرا وملكه إياه مكاتبا . ووجهه (أن المكاتب إنما ملك أكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولاتبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه فى أكسابه ولا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقى . وقوله (ألا ترى إلى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه ، فالاستدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته ، وكان يكفيه فيه كون الكتابة لاتبطل بالموت الحقيقى فأولى أن لاتبطل بالموت الحكمى وهو الردة ، فإن منع عدم بطلانها بالموت الحقيقى اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب إذا مات عن وفاء ، واستدلال المصنف وجه آخر . وحاصله بدلالة حال الرق فإنه لايتوقف تصرف المكاتب

كان القاطع هو الذى ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما . وحكمه أنه إن كان عمدا فلا شىء له ، لأن الواجب فى العمد القود ، وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات ، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند الجناية كان مسلما ، وجناية المسلم إذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فلهذا كانت على عاقلته دية النفس ، وإن كانت الجناية منه فى حال ردته كانت الدية فى الخطإ فى ماله لما بينا أن المرتد لايعقل جنايته أحد . وقوله (وأما عند أبى حنيفة) أبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له إذا كان حرا وجعله ملكا له إذا كان مكاتبا . وجه الفرق ما ذكره أن المكاتب يملك أكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لايتوقف بالردة لأنه لايتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذى هو شبه الموت ، وإذا لم يتوقف العقد لم تتوقف الأكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أى المكاتب (لايتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى) يعنى الردة (بالطريق الأولى) وإنما كان الرق أقوى من الردة فى المانعية عن التصرف لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاد والطلاق . وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما ، وأما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ، ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد أولى . قال صاحب النهاية رحمه الله : قلت لشيخى رحمه الله فى هذا لايلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه ، لأنه إذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعاه عند الاجتماع ، لأن للاجتماع تأثيرا كما فى الشاهدين ، ثم اجتمع هاهنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا ، فجاز أن يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الأوصاف . قال رحمه الله : أما الكتابة فهى مطلقة للتصرف لامانعة ، وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة فى المنع عن التصرف بانفراده فلا

(قوله كالاستيلاد والطلاق) أقول : الأولى أن لايذكر الطلاق فإنه صحيح من العبد أيضا كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول : أى ردة المكاتب ، وأنت خبير بأن آخر كلامه لايلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعى الرق والارتداد لا الارتداد فقط ، والأمر سهل

(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء) لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ، ويجبر الولد الأول على الإسلام ، ولا يجبر ولد الولد .

بسبب رقه ، مع أن الرق أقوى من الردة فى نفى صحة التصرف حتى لايصح استيلاده ، فأولى أن لايتوقف بسبب ردته . والحاصل أن عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب فى دار الحرب ككونه فى دار الإسلام . وأورد عليه بأن كون أحدهما لايمنع مع عقد الكتابة لايستلزم أن لايمنع إذا اجتمعا ، وقد اجتمع فى المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفى التصرف . أجيب مرة بأن جواز المنع لايستلزم وقوعه فيبقى على العدم إلا بدليل ، ومرة بأن الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده ، وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما إلى الآخر انضمام علة إلى أخرى فيما يعالى بعاتين مستقلتين ، ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف ، بل الترجيح بوصف فى العلة (قوله وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء ، لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الإسلام) قال الولوالجى : ولا يقتل كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر عليه ولا يقتل (ولا يجبر ولد الولد) أما جبر الولد فلأنه يتبع أبويه أو أحدهما فى الدين فيكون مسلما بإسلامهما ومرتدا بردتهما ، فلما كان مرتدا بردتهما أجبر كما يجبران ، وإنما لم يجبر ولد الولد لأنه لايتبع جده بل أباه لقوله صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه » الحديث : أى يستتبعانه فى ذلك ، وإنما لم يجعل تبعا لأبيه فى الردة فيجبر مثله لأن ردة أبيه كانت تبعا والتبع لايستتبع ، خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل ، بخلاف أبيه ،

يثبت الرجحان بزيادة العلة ، كما إذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود ، بل الرجحان إنما يثبت بوصف فى العلة لا بالعلة نفسها إلى هذا لفظه . وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لأنه ما أبرز السؤال من حيث أن إحدى علتى المنع تعارض علة الإطلاق وتترجح بالأخرى ، بل أبرز من حيث أنهما عند الاجتماع لم لايجوز أن يكونا مانعا عن التصرف بناء على أن الهيئة بالاجتماعية لها من الخواص ماليس لكل على الانفراد ، ولعل الهيئة الاجتماعية إنما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجى أو اعتبار حقيقى لا فرضى ولا يمكن ذلك من الرق والردة . قال (وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله) قيل قوله فحبلت المرأة فى دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاق فإنها إن حبلت فى دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ، ولعله ذكره لفائدة وهى أن العاوق إذا كان فى دار الحرب كان أبعد عن الإسلام ، وإذا كان فى دار الإسلام كان أقرب إليه باعتبار الدار لكون الدار جهة فى الاستتباع ، فالجبر هناك يكون جبرا ههنا بالطريق الأولى ، وكلامه ظاهر . وقوله (ولايجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية . ووجهه أنه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا للجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ، ولو كان تبعا لأبيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره

(قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول : لعل المراد المجيب أن الرق لو كان فى درجة الكتابة فى القوة معارضا لها لم يترجح عليها بانضمام الردة التى هى من جنسه ، ومثله فى المنع عن التصرف فلأن لايترجح عليها بزيادتها وهو ليس فى مرتبتها فى القوة أولى بالطريق فتأمل (قوله تعارض علة الإطلاق) أقول : التى هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول : فيه منع ظاهر (قوله قيل قوله الخ) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله ولعل ذكره الخ) أقول : قوله ولعل ذكره الخ مأخوذ مع الكافى مع تغيير يسير بعبارته فراجعه إن شئت

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعا الجد ، وأصله التبعية فى الإسلام وهى رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين . والثانية صدقة الفطر . والثالثة جرّ الولاء . والأخرى الوصية للقرابة .

وإذا لم يتبع الجد فيسترق ، أو توضع عليه الجزية أو يقتل لأن حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب إذا أسروا ، وأما الجد فيقتل لامحالة لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم (وروى الحسن عن أبى حنيفة أن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعا لجده) فيجعل مرتدا تبعا له . قال المصنف (وأصله التبعية فى الإسلام) يعنى أصل الجبر على الإسلام تبعا للجد هو ثبوت الإسلام تبعا للجد (وهى رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين) رواية ظاهر الرواية لايكون الولد تبعا للجد ، ورواية الحسن يكون تبعا إحداها هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير إذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لاتجب على الجد فى ظاهر الرواية ، وفى رواية الحسن تجب عليه (والثالثة جرّ الولاء) صورتها : معتقة تزوّجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لأمه وولاؤه لموالى أمه ، فإذا عتق جده لايجرّ ولاء حافده إلى مواليه عن موالى أمه فى ظاهر الرواية ، وفى رواية الحسن يجرّه كما لو أعتق أبوه (والرابعة الوصية للقرابة) لايدخل الوالدان ويدخل الجد فى ظاهر الرواية ، وفى رواية الحسن لايدخل كالأب ، وتقييد الحبل بدار الحرب ليس لإخراج الحبل فى دار الإسلام عن حكم المسئلة : أعنى جبر الولد بل لإفادة حكم الجبر فيما إذا حبلت فى دار الإسلام وولدت فى دار الحرب بطريق أولى ، لأنه إذا أجبر مع أنه عاق فى دار الحرب وللدار جهة استتباع تقتضى أنه أبعد عن الإسلام ، فلأن يجبر إذا عاق فى دار الإسلام على الإسلام أولى . هذا إذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما ، أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فىء لأن الولد الصغير صار مرتدا تبعا للأبوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبى كذا ذكر ، ولو صح لزم أنهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا ، وليس كذلك على ماتقدم من أنه ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه إلا بمزيل . والأحسن مافى المبسوط من أنه خرج عن كونه مسلما باللحاق به ، فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير باعتبار تبعية الأبوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه ، فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة فى دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه بقى مسلما تبعا لأمه . فإن قيل : كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا : تباين الدارين يمنع الاتباع فى الإسلام ابتداء لافى إبقاء ما كان ثابتا ؛ ألا ترى أن الحربى لو أسلم فى دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا بقى الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لايكون فيئا ، بخلاف مالو أسلم فى دارنا وله ولد فى دار الحرب . ومرت هاتان المسئلتان . وكذا إن كانت الأم مسلمة والولد معه فى دار الحرب

(وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه يجبر تبعا للجد) لأن التبعية فى حق الأب للتفرع ، والتفرع ثابت فى حق الجد ولهذا كان بمنزلة الأب فى النكاح وبيع مال الصغير . وقوله (كلها على الروايتين) يعنى فى ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب فى تلك المسائل ، وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الأب ، أما صيرورة الولد مسلما بإسلام جده فهى ماذكرنا ، وأما صورة صدقة الفطر فهى أن الأب إذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل تجب فطرة الحافد عليه أو لا ؟ وأما صورة جرّ الولاء فلأنه إذا أعتق الجد والحافد حر والأب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالى الجد أو لايكون . وصورة الوصية للقرابة إذا أوصى رجل لذى قرابته لايدخل الوالدان فيها ، وهل يدخل الجد أولى على الروايتين . وذكرنا هذه المسائل فى شرح الفرائض السراجية

(قوله هل تجب فطرة الحافد عليه) أقول : يعنى إذا لم يكن له مال (قوله فلأنه إذا أعتق الجد والحافد حر الخ) أقول : بأن كانت أمه معتقة تزوجت عبدا فولدته فإن ولاءه لموالى الأم (قوله هل يكون ولاء الحافد لموالى الجد) أقول : يعنى إذا أعتق .

قال (وارتداد الصبي الذى يعقل ارتداد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ويجبر على الإسلام ولا يقتل، وإسلامه إسلام لايرث أبويه إن كانا كافرين . وقال أبو يوسف : ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام) وقال زفر والشافعي : إسلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد . لهما فى الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا . ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرّة فلا يؤهل له . ولنا فيه أن عليا رضى الله عنه أسلم فى صباه ، وصحح النبيّ عليه الصلاة والسلام إسلامه ، وافتخاره بذلك مشهور .

لأن بالموت يتأكد الإسلام ولا ينقطع (قوله وارتداد الصبي الذى يعقل ارتداد عند أبى حنيفة ومحمد) أى يصح . فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لايرث منه ، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال : ليس بارتداد (وإسلامه إسلام) باتفاق الثلاثة (فلا يرث أبويه الكافرين) ويرث أقاربه المسلمين ، ولا يصح نكاح المشركة له ، وتحل له المؤمنة ، وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك . وعن ابن أبى مالك عن أبى يوسف أن أبا حنيفة رجع إلى قول أبى يوسف (وقال زفر والشافعي : إسلامه ليس بإسلام وردته ليست بارتداد لهما) أى لزفر والشافعي فى عدم صحة إسلامه (أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا) لتناف بين صفة الأصالة والتبعية ، لأن الأولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ، ثم إسلامه يصح تبعا لأبويه فلا يجعل أصلا مستقلا به (ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة) من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعتاق (ولنا فيه) أى إسلامه (أن عليا رضى الله عنه أسلم فى صباه ، وصحح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه ، وافتخاره بذلك مشهور) أما افتخاره فما نقل من قوله رضى الله عنه :

سبقتكمو إلى الإسلام طرا ... غلاما ما بلغت أوان حلمى

وشرح رسالتنا . وقوله (وارتداد الصبي الذى يعقل ارتداد) يعنى يجرى عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإن أدرك كافرا ويحبس ، وتوجيه تحرير المذاهب فى الكتاب ظاهر . وقوله (لهما) أى لزفر والشافعي رحمها الله (أنه) أى الصبي الذى يعقل (تبع لأبويه فيه) أى فى الإسلام (فلا يجعل أصلا) يعنى يصح إسلامه بطريق التبعية للأبوين فلا يصح بطريق الأصالة ، إذ التبعية دليل العجز والأصالة دليل القدرة ، وبين القدرة والعجز تناف وأحد المتنافيين وهو الإسلام بطريق التبعية موجود بالإجماع فينتفى الآخر ضرورة . وقوله (ولأنه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله وافتخاره بذلك مشهور) يشير إلى ماقاله رضى الله عنه :

سبقتكمو إلى الإسلام طرا ... غلاما مابلغت أوان حلمى

واختلفت الروايات فى سنه حين أسلم رضى الله عنه وحين مات . قال جعفر بن محمد : أسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم دعاه إلى الإسلام فى أول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علىّ ، فإذا ضممت خمسا إلى ثلاث وخمسين صار ثمانيا

(قوله بطريق التبعية موجود) أقول : فيه بحث . (قال المصنف : ولنا فيه أن عليا رضى الله عنه أسلم صبيا وصحح النبى عليه الصلاة والسلام إسلامه) أقول: قال العلامة النسفى فى الكافى: والتعلق به مشكل ، إذ لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صحح إسلامه فى أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة . فإن قلت : صحح فى أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه ، وإنما الكلام فى أحكام الدنيا . فإن قلت : ذكره مطلقا فانصرف إليهما . قلت : هى حكاية حال فلا عموم له، وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اه . قال العلامة الكاكى : أجيب بأنه عليه الصلاة والسلام صحح صلاته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم، فعلم أنه عليه الصلاة والسلام صححه فى أحكام الدنيا أيضا اه . فتأمل فيه (قال المصنف : وافتخاره بذلك مشهور الخ) أقول : ويشهد لذلك قوله :

سبقتكمو إلى الإسلام طرا ... غلاما ما بلغت أوان حلمى

ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهى التصديق والإقرار معه ، لأن الإقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لاترد ، ومايتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية . وهى من أجل المنافع وهو الحكم الأصلى ، ثم يبقى عليه غيرها فلا يبالى بشوبه

وأما ما عن الحسن أنه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح ، بل الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين . قال ابن الجوزى : استقراء الحال يبطل رواية الخمس عشرة لأنه إذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقى بعد النبى صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة ، فهذه مقاربة الستين ، وهو الصحيح فى مقدار عمره . ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : قتل على رضى الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة . قال : فمتى قلنا إنه كان يوم إسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين ولم يقله أحد . وأخرج البخارى فى تاريخه عن عروة قال : أسلم على وهو ابن ثمان سنين . وأخرج الحاكم فى المستدرك من طريق ابن إسحاق أنه أسلم وهو ابن عشر سنين . وأخرج أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما : دفع النبى صلى الله عليه وسلم الراية إلى على يوم بدر وهو ابن عشرين سنة . وقال : صحيح على شرط الشيخين . قال الذهبى : هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين ، بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين . وما ذكر الثعالبى وغيره فى اتفاق الأعمار من أن كلا من النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعلى رضى الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضى أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ماتقدم من رواية الحاكم من طريق ابن إسحاق . قال صاحب التنقيح : ولأنه صلى الله عليه وسلم عرض الإسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ ، وقد يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم إسلامه إن أريد فى أحكام الآخرة فسلم ، وكلامنا فى تصحيحه فى أحكام الدنيا والآخرة حتى لايرث أقاربه الكفار ونحو ذلك . ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صححه فى حق هذه الأحكام بل فى العبادات ، فإنه كان يصلى معه على ماهو ثابت ونحو ذلك . نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت إسلامه أمكن أن ينصرف إليه باعتبار الجهتين ، لكن لم ينقل ذلك ، وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ماذكرنا هو الوجه . قيل : ومن أقبح القبائح أن لايسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة . قيل : والعجب من الشافعى كيف يصحح اختياره لأحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه إنما يختار من يطلق عنانه إلى أهويته من اللعب وغيره ولا يصحح اختياره المقطوع بخيريته . فإن قال هو غير مكلف ، قلنا : إنما يلزم ذلك إذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبى منصور والمعتزلة وأنه يقع مسقطا للواجب ، لكنا إنما نختار أنه يصح لتترتب عليه الأحكام الدنيوية والأخروية ، ثم إذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ أجبر على الإسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا . وعند أحمد ومالك يقتل إن لم يعد إلى الإسلام . قال المصنف (ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار معه) والتصديق الباطنى يحكم به للإقرار الدال عليه على ماعرف من تعليق الأحكام المتعلقة بالباطن به ، وإذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الإيمان قائمة به فى الوجود ، فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول والاتصاف . فإن قال : الإيمان الذى أنفيه منه هو المعتبر ، فما دخل فى الوجود لا أنفيه ،

وخمسين . وقال القتبى : أسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين (قوله ولأنه أتى بحقيقة الإسلام) دليل آخر ، وهو ظاهر (قوله وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز أن يكون معطوفا على التصديق : أى هو التصديق الأصلى وهو مايتعلق ، ويجوز أن يكون خبر مبتدإ محذوف ، ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الأصلى على تقدير أن يكون بغير واو ، ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ ، وقوله سعادة أبدية خبره وهو الأولى ، وهو جواب

ولهم فى الردة أنها مضرة محضة ، بخلاف الإسلام على أصل أبى يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر ، ولأبى حنيفة ومحمد فيها أنها موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة

ولكن أقول لايعتبر شرعا . قلنا : دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة ، إما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لأنه جعل أهلا للنبوّة كما فى يحيى عليه الصلاة والسلام وهى فرع الإيمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصححان منه ويثاب عليهما ، وإما لعدم أهلية الوجوب فنلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا ، وإما لحاجز شرعى وهو منتف . ولايليق أن يثبت شرعا منع عن الإيمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفته ، نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وإقرار يسقط به ، ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار غير المنوى به إسقاط الفرض ، كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه لايكون كما كان يفعل بل لايكفيه بعد بلوغه منها إلا ماقرنه بنية أداء الواجب امتثالا ، لكنهم اتفقوا على أنه لايجب بل يقع فرضا قبل البلوغ ، أما عند فخر الإسلام فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبى بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الأداء ، لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب ، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة . وأما عند شمس الأئمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الأداء ، فإذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلى الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه ، لكن ذلك للترقية عليه بعد سببها ، فإذا فعل تمّ ، ولا نعلم خلافا بين المسلمين فى عدم وجوب نية فرض الإيمان بعد بلوغ من حكم بصحة إسلامه صبيا تبعا لأبويه المسلمين أو لإسلامه وأبواه كافران ، ولو كان ذلك فرضا لم يفعله أهل الإجماع عن آخرهم . وأما قوله يشوبها ضرر . قلنا ماتتعلق به السعادة الأبدية ويزول به توقع مضرة أبدية من رد إسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالى معه بذلك الضرر لأنه لانسبة له بالضرر الآخر . وأما التنافى الذى ذكر فإنما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا وأصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع مالم يعقل ويقرّ مختارا ، فإذا عقل وأقرّ مختارا نقول انقطعت تبعيته فى حق هذا الحكم وبقى أصلا . وفى المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى إذا لم تنو السفر تكون مسافرة ، ولو نوته كانت مسافرة مقصودا وتبعا ، فجعلهما أمرين يتأيد أحدهما بالآخر . قال المصنف (ولهم فى الردة) يعنى الشافعى وزفر وأبا يوسف (أنها مضرة محضة ، بخلاف الإسلام على أصل أبى يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولأبى حنيفة ومحمد) ماقلنا من (أنها موجودة حقيقة) بوجود حقيقتها من الإنكار والإقرار به (ولا مرد للحقيقة) فإن قيل : لايلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها فى الإسلام

عن قوله ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة . وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فرضا لأنه لانفل فى الإيمان ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق ، فإذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح ، بخلاف سائر العبادات فإنه يتردد بين الفرض والنفل . والجواب أنا لانسلم أن من ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا . فإن المسافر إذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ، ومن صلى فى أول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا فى ذلك الوقت . والجواب عن قولهما إنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا أن إحدى الجهتين مؤيدة بالأخرى فلا يكونان متنافيين ، وذلك كالجندىّ إذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان أيضا (قوله ولهم) أى لأبى يوسف وزفر والشافعى رحمهم الله . وقوله (ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها) أى فى الردة (أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة

(قوله والجواب أنا لا نسلم الخ) أقول : لا يلزم من كون الشىء فرضا أن يكون من أتى به مخاطبا .

كما قلنا فى الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ، ولا يقتل لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم . وهذا فى الصبى الذى يعقل .

مثله فى الردة لما فى ذلك من النفع وفى الردة من الضرر ؛ ألا ترى أنه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة ؟ الجواب أن الحقيقة الداخلة منه فى الوجود إذا كانت مما يقطع فيه بالعلم أو الجهل فهى التى لا يمكن عدم اعتبارها كالإيمان والردة ، فإنه لا يمكن أن يجعل عارفا إذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا إذا علم علمه بالإيمان فلابد من اعتبارها بعد وجودها ، وصار كما إذا صام بنية يجعل صائما شرعا ، فلو أكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما ، وكذا إذا صلى ثم أفسدها ، فأما إذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هى دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لأنا لم نتيقن بالمصلحة فى نفس الأمر ، وذلك كالهبة فإنه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف ، وجاز كونه جاهلا فى ذلك بأن لم تكن جالبة لذلك فمنعناها ، بخلاف القبول فإنا علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلا بها ، وإذا ثبت أن الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها بالضرورة ؛ ألا ترى أنا اتفقنا على جعله مرتدا إذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله إلا أنه) أى الصبى المرتد (يجبر على الإسلام لما فيه من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه رابعة أربع مسائل لا يقتل فيها المرتد : إحداها الذى كان إسلامه تبعا لأبويه إذا بلغ مرتدا ؛ فى القياس يقتل كقول مالك والشافعى ، وفى الاستحسان لا يقتل لأن إسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة فى إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتدا . الثانية إذا أسلم فى صغره ثم بلغ مرتدا فى القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد ، وفى الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة إسلامه فى الصغر . والثالثة إذا ارتد فى صغره . والرابعة المكره على الإسلام إذا ارتد لا يقتل استحسانا لأن الحكم بإسلامه من حيث الظاهر ، لأن قيام السيف على رأسه ظاهر فى عدم الاعتقاد فيصير شبهة فى إسقاط القتل ، وفى كل ذلك يجبر على الإسلام ، ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه شىء ، ذكر الكل فى المبسوط . ولها خامسة وهو اللقيط فى دار الإسلام محكوم بإسلامه ، ولو بلغ كافرا أجبر على الإسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين إذا بلغ كافرا . وقال المصنف فى وجه عدم قتله (لأنه) أى القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) وبين أن الكلام كله فى الصبى الذى يعقل الإسلام . وفى المبسوط زاد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم . واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بأنه يعذب فى الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ، ونقل ذلك عن الأسرار والمبسوط وجامع التمرتاشى رحمه الله ، وأحال التمرتاشى هذه الرواية إلى التبصرة ، فالأولى فى التعليل ما فى المبسوط من أنه لا يقتل لاختلاف العلماء فى صحة إسلامه . ولفظه فى المبسوط فى هذه المسألة : فإذا حكم بصحة ردته بانت

كما قلنا فى الإسلام) فإن رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح ، كما أن رد الإسلام إنما يكون بالحجر عنه وهو كذلك . واعترض بأن هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس ، وفرق الشارع بينهما ، ومثله فاسد فى الوضع على ما عرف فى الأصول . والجواب أن هذا قياس منا بوجود شىء وتحققه بوجود شىء آخر وتحققه فى عدم جواز الرد ، ولا نسلم أن الشارع فرق بينهما . وقوله (إلا أنه يجبر على الإسلام) هذا جواب الاستحسان وفى القياس يقتل لردته بعد إسلامه . وقوله (لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) قال فى النهاية : فيه نظر لأنه أسقط عقوبة القتل عن الصبى المرتد مرحمة لصباه ، والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه فى النار مخلدا كسائر الكفار ، وذلك منصوص عليه فى الأسرار والجامع الصغير للإمام

ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة، وكذا المجنون والسكران الذى لا يعقل .

منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة فى الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات ، ولكن لو قتله إنسان لم يغرم شيئا لأن من ضرورة صحة ردته إهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة إذا ارتدت لا تقتل ، ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا لا يصح إسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصح ارتداده بالإجماع ولا إسلامه (والسكران الذى لا يعقل) كالمجنون ، وهو قول مالك وأحمد فى رواية والشافعى فى قول . وقال فى قول آخر : يصح ارتداده كطلاقه . قلنا : الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ، ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لأنه لا يفتقر إلى القصد ولذا لزم طلاق الناسى . وتقدم فى كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع إليه فى فصل : ويقع طلاق كل زوج إلى آخره .

[فروع] كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا ، فالسباب بطريق أولى ، ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته فى إسقاط القتل . قالوا : هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ، ونقل عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، ولا فرق بين أن يجيء تائبا من نفسه أو شهد عليه بذلك ، بخلاف غيره من المكفرات فإن الإنكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه ، حتى قالوا يقتل وإن سب سكران ولا يعفى عنه ، ولا بد من تقييده بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون . وقال الخطابى : ولا أعلم أحدا خالف فى وجوب قتله . وأما مثله فى حقه تعالى فتعمل توبته فى إسقاط قتله . ومن هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد ، والألفاظ التى يكفر بها تعرف فى الفتاوى ، وإذا تهود نصرانى أو عكسه لا نأمره بالرجعة إلى ما كان عليه لأنه لا يؤمر بالكفر ، والردة محبطة ثواب جميع الأعمال . وإذا عاد إلى الإسلام إن عاد فى وقت صلاة صلاها فعليه أداؤها ثانيا ، وكذا يجب عليه الحج ثانيا إن كان حج . وإذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لأن عتق المرتد موقوف فبموته يبطل ، وإعتاق ابنه قبل ملكه لأنه لا يملكه إلا بعد الموت حقيقة أو حكما ولا يتوقف ، بخلاف ما لو أعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فإنه ينفذ ، والفرق فى المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا : إذا مات الابن وله معتق ثم مات الأب وهو مرتد وله معتق فماله لمعتقه لا لمعتق الابن لأنه مات قبل تمام سبب الملك ، وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ، ولا يعلم مخالف إلا الحسن رحمه الله قال : لا يقبل فى القتل إلا أربعة قياسا على الزنا . وإذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لأن إنكاره توبة ورجوع ، وقتل المرتد مطلقا إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعى فى وجه فى العبد إلى سيده . ومن أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد ، وإن لحق ثم عاد لا يقام عليه . وعند الشافعى وأحمد يقام مطلقا والمبنى ظاهر ، وقدمنا أنه لا تقبل توبة الساحر والزنديق فى ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين ، وأما من يبطن الكفر ويظهر الإسلام فهو المنافق ، ويجب أن يكون حكمه فى عدم قبولنا توبته كالزنديق ، لأن ذلك فى الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفى كفره الذى هو عدم اعتقاده دينا ، والمنافق مثله فى الإخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره إلى من أمن إليه . والحق أن الذى يقتل ولا تقبل

التمرتاشى ومشار إليه فى المبسوط . ثم قال : وأولى ما يعلل به فى عدم قتل الصبى المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وإنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء رحمهم الله فى صحة إسلامه فى الصغر ، والله تعالى أعلم .

توبته هو المنافق ، فالزنديق إن كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطنا كفره الذى هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالإسلام أو غيره إلى أن ظفرنا به وهو عربى ، وإلا فلو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب أن لايقتل ، وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم إذا أظهروا التوبة ، وكذا من علم أنه ينكر فى الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته . وقال أصحابنا : للسحر حقيقة وتأثير فى إيلام الأجسام خلافا لمن منع ذلك وقال إنما هو تخييل . وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم ، واعتقاد إباحته كفر . وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله ، سواء اعتقد تحريمه أولا ويقتل . وقد روى عن عمر وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فإنهم قتلوه بدون الاستتابة ، وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن : حدثنا ابن قانع : حدثنا بشر بن موسى : حدثنا ابن الأصفهانى : حدثنا أبومعاوية عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « حد الساحر ضربه بالسيف » انتهى ، يعنى القتل. قال : وقصة جندب فى قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة . وعند الشافعى لايقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته . وأما الكاهن فقيل هو الساحر ، وقيل هو العرّاف وهو الذى يحدث ويتخرّص . وقيل هو الذى له من الجن من يأتيه بالأخبار . قال أصحابنا : إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له مايشاء كفر ، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر . وعند الشافعى إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل ما يلتمسه كفر . وعند أحمد حكمه حكم الساحر . فى رواية يقتل لقول عمر رضى الله عنه : اقتلوا كل ساحر وكاهن . وفى رواية : إن تاب لم يقتل ، ويجب أن لايعدل عن مذهب الشافعى فى كفر الساحر والعرّاف وعدمه . وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد فى الأرض لابمجرد عمله إذا لم يكن فى اعتقاده مايوجب كفره ، وإذا طلب المرتدون الموادعة لايجيبهم إلى ذلك .

(باب البغاة)

قدّم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين ؛ والوجه ظاهر . والبغاة جمع باغ ، وهذا الوزن مطرد فى كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة . والبغى فى اللغة : الطلب ، بغيت كذا : أى طلبته ، قال تعالى حكاية ذلك ـ ما كنا نبغى ـ ثم اشتهر فى العرف فى طلب مالايحل من الجور والظلم . والباغى فى عرف الفقهاء : الخارج عن طاعة إمام الحق . والخارجون عن طاعته أربعة أصناف : أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطّاع الطريق . والثانى قوم كذلك إلا أنهم لامنعة لهم

(باب البغاة)

أخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده ، والبغاة جمع باغ كالقضاة جمع قاض :

(باب البغاة)

(قوله أخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز أن يقال يجرى مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع فى البغى دون الارتداد . وأيضا المرتد كافر ، وكتاب السير فى بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغى فإنه مسلم فليتدبر .

. . . .

لكن لهم تأويل ، فحكمهم حكم قطّاع الطريق ، إن قتلوا قتلوا وصلبوا ، وإن أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ماعرف . والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية يوجب قتاله بتأويلهم ، وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم البغاة . وعند مالك يستتابون ، فإن تابوا وإلا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم . وذهب بعض أهل الحديث إلى أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله صلى الله عليه وسلم « يخرج قوم فى آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرءون القرآن لايجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فأينما لقيتهم فاقتلهم ، فإن فى قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخارى . وعن أبى أمامة أنه رأى رءوسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال : كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار ، وقد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا . قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقوله ؟ قال : سمعت النبيّ صلى الله عليه وسلم . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضى نقل إجماع الفقهاء . وذكر فى المحيط أن بعض الفقهاء لايكفر أحدا من أهل البدع ، وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة ، والنقل الأول أثبت ، نعم يقع فى كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ، ولا عبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين ماذكرنا ، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين ، وما ذكره محمد بن الحسن فى أول الباب من حديث كثير الحضرمى يدل على عدم تكفير الخوارج ، وهو قول الحضرمى : دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة ، فإذا نفر خمسة يشتمون عليا رضى الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتلنه ، فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه ، فأتيت به عليا رضى الله عنه فقلت : إنى سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك ، فقال : ادن ويحك من أنت ؟ فقال : أنا سوار المنقرى ، فقال علىّ رضى الله عنه : خلّ عنه ، فقلت أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك ؟ قال : أفأقتله ولم يقتلنى ؟ قلت : فإنه قد شتمك ، قال : فاشتمه إن شئت أو دعه . ففى هذا دليل على أن مالم يكن للخارجين منعة لانقتلهم ، وأنهم ليسوا كفارا لابشتم علىّ ولا بقتله . قيل إلا إذا استحله ، فإن من استحل قتل مسلم فهو كافر ، ولابد من تقييده بأن لايكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه إلى الحكم بحله ، بخلاف المستحل بلا تأويل وإلا لزم تكفيرهم ، لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ، ومما يدل على عدم تكفيرهم ماذكره محمد أيضا حيث قال : وبلغنا عن على رضى الله عنه أنه بينا هو يخطب يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد ، فقال علىّ رضى الله عنه : كلمة حق أريد بها باطل ، لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولن نمنعكم الفيء مادامت أيديكم مع أيدينا ، ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ، ثم أخذ فى خطبته . ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله ، وكانوا يتكلمون بذلك إذا أخذ علىّ فى الخطبة ليشوّشوا خاطره ، فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر لرضاه بالتحكيم فى صفين ، ولهذا قال علىّ رضى الله عنه : كلمة حق أريد بها باطل : يعنى تكفيره . وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة مثل مايستحقه غيرهم من المسلمين ، وأنه لايعزّر بالتعريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم ، رضوا به ولم يصرحوا . والرابع قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل

. . . .

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لأن عليا فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ، ولأنه أهون الأمرين . ولعل الشرّ يندفع به فيبدأ به

ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة (قوله وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام) الناس به فى أمان والطرقات آمنة (دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) التى أوجبت خروجهم (لأن عليا رضى الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) قبل قتالهم . وليس ذلك واجبا بل مستحب لأنهم كمن بلغتهم الدعوة لاتجب دعوتهم ثانيا وتستحب . وحروراء : اسم قرية من قرى الكوفة ، وفيه المد والقصر ، ومنه قول عائشة رضى الله عنها لمعاذة أحرورية أنت ؟ أسند النسائى فى سننه الكبرى فى خصائص علىّ إلى ابن عباس رضى الله عنهم قال : لما خرجت الحرورية اعتزلوا فى دار وكانوا ستة آلاف . فقلت لعلىّ : يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلى أكلم هؤلاء القوم . قال : إنى أخافهم عليك . قلت كلا . فلبست ثيابى ومضيت إليهم حتى دخلت عليهم فى دار وهم مجتمعون فيها ، فقالوا : مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك ؟ قلت : أتيتكم من عند أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم المهاجرين والأنصار ، من عند ابن عم النبىّ صلى الله عليه وسلم وصهره ، وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد ، جئت لأبلغكم مايقولون وأبلغهم ماتقولون . فانتحى لى نفر منهم ، قلت : هاتوا مانقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به . قالوا : ثلاث . قلت : ما هى ؟ قالوا : إحداهن أنه حكم الرجال فى دين الله ، وقد قال تعالى - إن الحكم إلا لله - قلت : هذه واحدة . قالوا : وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم ، فإن كانوا كفارا فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم ، وإن كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم ، قلت هذه أخرى . قالوا : وأما الثالثة : فإنه محا نفسه من أمير المؤمنين ، فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه يكون أمير الكافرين . قلت : هل عندكم شيء غير هذا ؟ قالوا : حسبنا هذا ، قلت لهم : أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم مايرّد قولكم هذا ترجعون ؟ قالوا : اللهم نعم ، قلت أما قولكم إنه حكم الرجال فى دين الله فأنا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه إلى الرجال فى أرنب ثمنها ربع درهم ، قال تعالى - لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم - إلى قوله - يحكم به ذوا عدل منكم - وقال فى المرأة وزوجها - وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها - أنشدكم الله أحكم الرجال فى حقن دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم أحق أم فى أرنب ثمنها ربع درهم ؟ قالوا اللهم بل فى حقن دمائهم وإصلاح ذات بينهم ، قلت : أخرجت من هذه ؟ قالوا : اللهم نعم . قلت : وأما قولكم إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهى أمكم ؟

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) وذلك بطريق الاستحباب ، فإن أهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة إلى العود لم يكن عليهم شيء لأنهم علموا مايقاتلون عليه . فحالهم فى ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة (لأن عليا رضى الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا : قرية بالكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم على أبا موسى الأشعرى رضى الله عنهما بينه وبين معاوية قائلين إن القتال واجب لقوله تعالى - فقاتلوا التى تبغى - الآية . وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى - ومن لم يحكم بما أنزل الله - فأولئك هم الكافرون - وذلك أنه رضى الله عنه أنفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم إلى العود ، فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضى الله

(قوله وذلك بطريق الاستحباب) أقول : أشار بقوله ذلك إلى قوله دعاهم إلى العود .

(ولا يبدأ بقتال حتى يبدءوه ، فإن بدءوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف : هكذا ذكره القدوري في مختصره . وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا . وقال الشافعي : لايجوز حتى يبدءوا بالقتال حقيقة لأنه لايجوز قتل المسلم إلا دفعا وهم مسلمون ، بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده . ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع ، وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لايمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم .

لئن فعلتم لقيد كفرتم ، فإن قلتم ليست أمنا فقد كفرتم ، قال الله تعالى ـ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم ـ فأنتم بين ضلالتين ، فأتوا منها بمخرج ، أخرجت من هذه الأخرى ؟ قالوا : اللهم نعم ، قلت : وأما قولكم إنه محا نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقال : اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله ، فقالوا : والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ماصددناك عن البيت ولاقاتلناك ، ولكن اكتب محمد بن عبد الله ، فقال : والله إني لرسول الله وإن كذبتموني ، ياعلي اكتب محمد بن عبد الله . فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة ، أخرجت من هذه الأخرى ؟ قالوا : اللهم نعم . فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والأنصار . وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم علي فقال : لما كان حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة ، إلى أن قال : بعث علي إليهم عبد الله بن عباس فخرجت معه ، حتى إذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال : ياحملة القرآن هذا عبد الله بن عباس ، فمن لم يكن يعرفه فأنا أعرفه من كتاب الله مايعرفه به ، هذا ممن نزل فيه وفي قومه ـ بل هم قوم خصمون ـ فردوه إلى صاحبه ولاتواضعوه كتاب الله ، فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه ، فواضعهم عبدالله بن عباس الكتاب وواضعوه ثلاثة أيام ، فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى أدخلهم الكوفة على علي إلى آخر الحديث . وقال : على شرط البخاري ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يبدءوه هكذا ذكره القدوري) وهو عين ماقدمناه من قول علي رضي الله عنه ، ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا (وذكر الإمام الأجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن نبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا ، وقال الشافعي : لايجوز حتى يبدءوا حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأن قتل المسلم لايجوز إلا دفعا وهم) أي البغاة (مسلمون) لقوله تعالى ـ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ـ ثم قال ـ فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ـ ونحن أدرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم و) ذلك (هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع ، لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لايمكنه الدفع) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع إليها أهل الفساد وهم الأكثر ، والكفر ما أباح القتال إلا للحرابة والبغاة كذلك ، ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا إن أبدوا مايجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لاشبهة فيه ، بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره ، بخلاف ما إذا كان الحال مشتبها أنه ظلم مثل

عنهما : هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض حمام ، وفيه التحكيم بقوله تعالى ـ يحكم به ذوا عدل منكم ـ فكان تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فألزمهم الحجة ، فتاب البعض وأصر البعض ، وكلامه واضح .

(قوله وفيه التحكيم بقوله تعالى ـ يحكم به ذوا عدل منكم ـ) أقول : هذه الآية في سورة المائدة ، ثم أقول : ظاهر هذا الكلام لايدفع شبهتهم على ما قررها ، فإنه يدل على جواز التحكيم في الجملة لا على جواز ترك المأمور به بالتحكيم فليتأمل . وستعرف بعد أسطر أن الأمر في قوله تعالى ـ فقاتلوا ـ للوجوب .

وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشرّ بقدر الإمكان . والمروى عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام ، أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة (فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم وأتبع موليهم) دفعا لشرهم كي لايلحقوا بهم (وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) لاندفاع الشرّ دونه . وقال الشافعي : لايجوز ذلك في الحالين ، لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا .

تحميل بعض الجبايات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه ، ويجوز قتالهم بكل مايقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وإرسال الماء والنار . وخواهر زاده معناه ابن الأخت ، وكان ابن أخت القاضي الإمام أبي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد ، وكنيته أبو بكر ، واسم أبيه حسين النجاري وهو معاصر لشمس الأئمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته ، لأن شمس الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل ، وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة . وفخر الإسلام أيضا معاصر لهما وتوفي في سنة إحدى وثمانين وأربعمائة (فإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان . والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله : الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم « من فرّ من الفتنة أعتق الله رقبته من النار » وقال لواحد من الصحابة : « كن حلسا من أحلاس بيتك » رواه عنه الحسن بن زياد (فمحمول على ما إذا لم يكن لهم إمام) وما روى عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا في الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء ، وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال . كما روى عن بعضهم أنه أتى عليا رضي الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه عليّ رضي الله عنه وقال له : أين كنت يوم صفين ؟ فقال : ابغني سيفا أعرف به الحق من الباطل ، فقال له : ما قال الله هذا ، وإنما قال ـ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ـ وما روى « إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار » فمحمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين أو لأجل الدنيا والمملكة . قال الذهبي : صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال : رأيت كأن قبابا في رياض ، فقلت لمن هذه ؟ فقالوا لذي الكلاع وأصحابه ، ورأيت قبابا في رياض فقلت لمن هذه ؟ فقيل : لعمار بن ياسر وأصحابه ، قلت : وكيف وقد قتل بعضهم بعضا ، قال : إنهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى ، وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم) أي يسرع في إماتته (وأتبع موليهم) على البناء للمفعول فيهما للقتل والأسر (دفعا لشرهم كي لايلتحقا) أي الجريح والمولى (بهم) أي بالفئة على معنى القوم (وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدون ذلك) وهو المطلوب (وقال الشافعي) وأحمد أيضا (لايجوز ذلك) أي الإجهاز والاتباع (في الحالين) حالتي الفئة وعدمها (لأن القتال إذا تركوه) بالتولية والجراحة المعجزة عنه (لم يبق قتلهم دفعا) ولا يجوز قتلهم إلا دفعا لشرهم ، ولما روى

وقوله (والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) يريد به ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلاة والسلام « من فرّ من الفتنة أعتق الله رقبته من النار » (محمول على حال عدم الإمام) أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرا لإمام المسلمين لقوله تعالى ـ فقاتلوا التي تبغي ـ فإن الأمر للوجوب ، وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ،

وجوابه ماذكرناه أن المعتبر دليله لاحقيقته (ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول على يوم الجمل : ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة فى هذا الباب . وقوله فى الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ، ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال (ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه) وقال الشافعى : لا يجوز ، والكراع على هذا الخلاف . له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن عليا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة

ابن أبى شيبة عن عبد خير عن علىّ رضى الله عنه أنه قال يوم الجمل : لاتتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن . وأسند أيضا ولايقتل أسيرا (وجوابه ماذكرنا أن المعتبر) فى جواز القتل (دليل قتالهم لاحقيقته) ولأن قتل من ذكرنا إذا كان له فئة لايخرج عن كونه دفعا لأنه يتحيز إلى الفئة ويعود شرّه كما كان ، وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم (قوله ولا تسبى لهم ذرية) إذا ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين المقاتلة (لقول علىّ) رضى الله عنه فيما روى ابن أبى شيبة أن عليا لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لايقتل مقبل ولا مدبر : يعنى بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال . وروى عبد الرزاق نحوه ، وزاد : وكان علىّ رضى الله عنه لايأخذ مال المقتول ويقول : من اعترف شيئا فليأخذه . وفى تاريخ واسط بإسناده عن علىّ أنه قال يوم الجمل : لاتتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيرا ، وإياكم والنساء وإن شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم ، ولقد رأيتنا فى الجاهلية وإن الرجل ليتناول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده . هذا وفى حديث مرفوع رواه الحاكم فى المستدرك والبزار فى مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « هل تدرى يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة ؟ قال : الله ورسوله أعلم ، قال : لايجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤها » وأعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبى على الحاكم : قال محمد : وبلغنا أن عليا رضى الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان فى الرحبة ، فمن عرف شيئا أخذه حتى كان آخره قدر حديد لإنسان فأخذه (وقول علىّ رضى الله عنه فى الأسير تأويله إذا لم تكن له فئة فإن كانت فالإمام بالخيار إن شاء قتل الأسير) وإن كان عبدا يقاتل (وإن شاء حبسه) والعبد الذى لايقاتل بل يخدم مولاه يحبس (لما ذكرنا) من دفعه الشرّ بقدر الإمكان ، وفيه خلاف الأئمة الثلاثة ، ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين فى كسر الشوكة من قتله وحبسه ، ويختلف ذلك بحسب الحال لابهوى النفس والتشفى ، وإذا أخذت المرأة من أهل البغى وكانت تقاتل حبست ولا تقتل إلا فى حال مقاتلتها دفعا ، وإنما تحبس للمعصية ولمنعها من الشرّ والفتنة (قوله ولا بأس أن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج أهل العدل إليه) وكذا الكراع يقاتلون عليه (وقال الشافعى : لايجوز) استعمالها فى القتال وترد عليهم عند الأمن منهم ولاترد قبله (لأنه مال مسلم فلا يجوز ذلك إلا برضاه . ولنا أن عليا الخ) يريد ماروى ابن أبى شيبة فى آخر مصنفه فى باب وقعة الجمل بسنده إلى ابن الحنفية أن عليا رضى الله عنه قسم يوم الجمل

ويقال أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله وتممت عليه (قوله ولا يقتل أسير) هو مقول علىّ رضى الله عنه (ولا يكشف ستر) أى لاتسبى نساؤهم ؛ ألا ترى أن أصحاب علىّ رضى الله عنه سألوه قسمة ذلك فقال : فإذا قسمت فلمن تكون عائشة رضى الله عنها . والقدوة اسم للاقتداء كالأسوة اسم للائتساء ، يقال فلان قدوة : أى يقتدى به (قوله لما ذكرنا) إشارة إلى قوله ويحبسهم إلى قوله دفعا للشر (قوله ولأنهم مسلمون) معطوف على

وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ،ولأن للإمام أن يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة ، فنى مال الباغى أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى (ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أما عدم القسمة فلما بيناه . وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لايحتاج إليها ، إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر . وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها . قال (وما جباه أهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج و العشر لم يأخذه الإمام ثانيا) لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم (فإن كانوا صرفوه فى حقه أجزأ من أخذ منه) لوصول الحق إلى مستحقه (وإن لم يكونوا صرفوه فى حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك) لأنه لم يصل إلى مستحقه . قال العبد الضعيف : قالوا الإعادة عليهم فى الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء، وفى العشر إن كانوا فقراء ، فكذلك لأنه حق الفقراء وقد بيناه فى الزكاة .وفى المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغى ثم ظهر عليهم فليس عليهم شىء لأنه لاولاية لإمام

فى العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح. قال المصنف (وكانت قسمته للحاجة لاللتمليك) واولا أن فيه إجماعا لأمكن التمسك ببعض الظواهر فى تملكه، فإن ابن أبى شيبة أسند عن أبى البخترى : لما انهزم أهل الجمل قال علىّ رضى الله عنه : لاتطلبوا من كان خارجا من العسكر ،وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم ، وليس لكم أم ولد ، وأىّ امرأة قتل زوجها فلتعتد أربعة أشهر وعشرا ، فقالوا : يا أمير المؤمنين تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نساؤهم ؟ فخاصموه ، فقال : هاتوا نساءكم وأقرعوا على عائشة فهى رأس الأمر وقائدهم . قال : فخصمهم علىّ رضى الله عنه وعرفوا وقالوا : نستغفر الله. قال المصنف (ولأن للإمام أن يفعل ذلك فى مال العادل) أى يستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين إليه (فى مال الباغى أولى. والمعنى) المجوّز (فيه أنه دفع الضرر الأعلى) وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين (بالضرر الأدنى) وهو إضرار بعضهم (ويحبس الإمام أموالهم) لدفع شرهم وإضعافهم بذلك (ولا يردها إليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورثتهم إذا ظهر ذلك ، وإذا حبسها كان بيع الكراع أولى (لأن حبس الثمن أنظر) ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه ، وهذا إذا لم يكن للإمام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج والعشر لايأخذه الإمام ثانيا) إذا ظهر على البغاة (لأن ولاية الأخذ) إنما كانت (له لحمايته إياهم ولم يحمهم) وما قيل إن عليا رضى الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشىء مما جبوه فيه نظر لأن الخوارج لانعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتها . قالوا : وكان ابن عمر إذا أتاه ساعى الحرورا دفع إليه زكاته ، وكذا سلمة بن الأكوع ، ثم (إن كانوا صرفوه إلى حقه) أى إلى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا إعادة عليه (لوصول الحق إلى مستحقه ، وإن لم يكونوا صرفوه فى حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الأداء فيما بينهم وبين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أى المشايخ (لا إعادة على الأرباب فى الخراج لأنهم) أى البغاة (مقاتلة) وهم مصرف الخراج (وإن كانوا أغنياء ، وفى العشر إن كانوا فقراء فكذلك) وإن كانوا أغنياء أفتوا بالإعادة ، وكذا فى زكاة الأموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك،والمدفوع مصادرة إذا نوى الدافع التصدق عليهم فى كتاب الزكاة فارجع إليه (قوله ومن قتل رجلا إلى آخره) يعنى إذا

قوله لقول على رضى الله عنه . وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) إشارة إلى قول علىّ : ولا يؤخذ مال ، وقوله

قال المصنف (ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا) أقول : قوله ولا يقسمها تكرار محض مع أنه يوهم ذكره هاهنا من أول الأمر أن يكون حتى يتوبوا غاية له ، وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويحبس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها .

العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل فى دار الحرب (وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه) وتأويله إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك ، وفى ذلك لم تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص (وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فإنه يرثه ، فإن قتله الباغى وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه ، وإن قال قتلته وأنا أعلم أنى على الباطل لم يرثه ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف : لايرث الباغى فى الوجهين وهو قول الشافعى . وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغى أو ماله لايضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم ، والباغى إذا قتل العادل لايجب الضمان عندنا ويأثم . وقال الشافعى رحمه الله فى القديم : إنه يجب ، وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا . له أنه أتلف مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة . ولنا إجماع الصحابة ، رواه الزهرى .

كان رجلان من أهل البغى قتل أحدهما الآخر لايجب على القاتل دية ، ولا قصاص إذا ظهرنا عليهم لأنه قتل نفسا يباح قتلها ؛ ألاترى أن العادل إذا قتله لايجب عليه شىء فلما كان مباح القتل لم يجب به شىء ، ولأن القصاص لايستوفى إلا بالولاية وهى بالمنعة ولا ولاية لإمامنا عليهم فلا يجب شىء وصار (كالقتل فى دار الحرب) وعند الأئمة الثلاثة يقتل به لأن عندهم كل موضع تجب فيه العبادات فى أوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه (قوله وإن غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل (فقتل رجل من أهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فإنه يقتص منه) ومعنى المسئلة كما قال فخر الإسلام أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم إمام العدل عن أهل المصر : أى أخرجهم قبل تقرر حكمهم لأنه حينئذ لم تنقطع ولاية الإمام فوجب القود ، أما لو جرت أحكامهم حتى صارت فى حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فإنه يرثه) بالاتفاق لأنه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وإن قتل الباغى) العادل (وقال : كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثه ، وإن قال قتلته وأنا أعلم أنى على الباطل لم يرثه . وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لايرث الباغى) العادل (فى الوجهين وهو قول الشافعى . وأصله) أى أصل هذا الخلاف الخلاف فى (أن العادل إذا أتلف نفس الباغى أو ماله لايضمن) عندنا ((ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق (والباغى إذا قتل العادل) بعد قيام منعتهم وشوكتهم (لايجب الضمان) عليه (عندنا) وبه قال أحمد والشافعى فى قوله الجديد ، ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال (وقال الشافعى فى القديم يضمن) وبه قال مالك لأنها نفوس وأموال معصومة فتضمن بالإتلاف ظلما وعدوانا (وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا . ولنا أنه) إتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان فى حال عدم ولاية الإلزام عليه فلايؤاخذ به قياسا على أهل الحرب . والحاصل أن نفى الضمان منوط بالمنعة مع التأويل ، فلو تجرد المنعة عن التأويل كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم ، والدليل على ماذكرناه (إجماع الصحابة رواه الزهرى) قال عبد الرزاق فى مصنفه : أنبأنا معمر ، أخبرنى الزهرى ،

لأنهم مسلمون . قوله (وأزعجوا) يعنى أقلع أهل البغى من المصر (قبل ذلك) أى قبل إجراء أحكامهم على أهله . وقوله (فى الوجهين) أى فى الوجه الذى قال أنا على الحق وفى الوجه الذى قال أنا على الباطل . وقوله (رواه الزهرى) قال الزهرى : وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين ، فاتفقوا على أن

ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة فى حق الدفع كما فى منعة أهل الحرب وتأويلهم ، وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام ولا التزام لاعتقاد الإباحة عن تأويل ، ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة ، والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا ، بخلاف الإثم لأنه لا منعة فى حق الشارع إذا ثبت هذا فنقول : قتل العادل الباغى قتل بحق فلا يمنع الإرث . ولأبى يوسف رحمه الله فى قتل الباغى العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر فى حق الدفع والحاجة هاهنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبرا فى حق الإرث . ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا ، إذ القرابة سبب الإرث فيعتبر الفاسد فيه ، إلا أن من شرطه بقاءه على ديانته ، فإذا قال : كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان . قال (ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفى عساكرهم) لأنه إعانة على المعصية (وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس) لأن الغلبة فى الأمصار لأهل الصلاح ، وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة ؛

أن سليمان بن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم إنها رجعت إلى أهلها تائبة ، قال : فكتب إليه : أما بعد ، فإن الفتنة الأولى ثارت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على أن لا يقيموا على أحد حدا فى فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاصا فى دم استحلوه بتأويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتأويل القرآن ، إلا أن يوجد شىء بعينه فيرد على صاحبه ، وإنى أرى أن ترد إلى زوجها وأن يحد من افترى عليها . قال المصنف (ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد من التأويل ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة فى حق الدافع) أى نفى الضمان وصار (كما فى منعة أهل الحرب وتأويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو إلحاق الفاسد من الاجتهاد الذى لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة إليه ، وتعليله بأنه عند انضمام المنعة تنقطع ولاية الإلزام فيلزم السقوط كله مستندا إلى الإجماع المنقول من الصحابة وإلا فلا يلزم من العجز عن الإلزام سقوطه شرعا ، بل إنما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن إلزامه ثابتا ، فإذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الإلزام كما يقوله الشافعى ، لكن لما كان الإجماع المنقول فى صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعيا ضرورة الإجماع المذكور . إذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف : إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان فى دفع الضمان ، والحاجة هنا إلى إثبات الاستحقاق فإلحاقه به بلا دليل ، وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاه لثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا ، وإتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه ، فإن القرابة التى هى سبب استحقاق الميراث قائمة ، والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من إثبات الميراث (قوله ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفى عسكرهم لأنه إعانة على المعصية ، وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة بأس ، لأن الغلبة فى الأمصار لأهل الصلاح ، وإنما يكره بيع نفس السلاح) لأنه يقاتل بعينه (لا ما لا يقاتل به إلا بصنعة)

كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع . قوله (ولا التزام لاعتقاد الإباحة) يعنى أن الباغى اعتقد إباحة أموال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب . وقوله (ولهما فيه) أى لأبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما فى قتل الباغى العادل . وقوله (فيعتبر الفاسد) أى يعتبر التأويل الفاسد فى دفع الحرمان . وقوله (لم يوجد الدافع) أى التأويل الدافع للضمان . وقوله (وليس ببيعه بالكوفة) تقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا وإلا فالحكم فى غيرها كذلك . وقوله (إلا بالصنعة) به يريد الحديد ، لأنه إنما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب إليه

ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب ، وعلى هذا الخمر مع العنب .

تحدث فيه ، ونظيره كراهة بيع المعازف لأن المعصية تقام بها عينها (ولا يكره بيع الخشب) المتخذة هي منه (وعلى هذا بيع الخمر) لايصح ويصح بيع العنب . والفرق فى ذلك كله ماذكرنا . وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة ، ذكره فى الفوائد الظهيرية .

[فروع] إذا طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إليها إذا كان خيرا للمسلمين ، لأن المسلمين قد يحتاجون إلى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوّى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لأنهم مسلمون ، ومثله فى المرتدين إلا أنهم إذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الإسلام ، وإذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لايضمنون ماأتلفوا . وفى المبسوط : روى عن محمد قال : أفتيهم بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والأموال ولا ألزمهم بذلك فى الحكم . قال شمس الأئمة : وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين الإسلام وقد ظهر لهم خطؤهم ، إلا أن ولاية الإلزام كانت منقطعة للمنعة فيفتوا به . ولو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد ، كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للإيمان ، فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين حكم الإسلام فى المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة ، وإذا وقعت الموادعة فأعطى كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن لايحل لأهل العدل قتل الرهن ، بل يحبسونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لأنهم صاروا آمنين بالموادعة أو بإعطائنا الأمان لهم حين أخذناهم رهنا ، والغدر من غيرهم لايؤاخذون به لكنهم يحبسون مخافة أن يرجعوا إلى فئتهم ، وكذا إذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا ، فإن أبوا جعلوا ذمةً ووضعت عليهم الجزية لأنهم حصلوا فى أيدينا آمنين . وحكى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ، ثم إنهم غدروا فقتلوا رهنه ، فجمع العلماء يستشيرهم فقالوا : يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت ، فقال له : ماتقول ؟ قال ليس لك ذلك ، فإنك شرطت لهم مالايحل وشرطوا لك مالايحل ، وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل — ولاتزر وازرة وزر أخرى — فأغلظ عليه القول وأمر بإخراجه من عنده وقال : مادعوتك لشيء إلا أتيتني بما أكره ، ثم جمعهم من الغد وقال : قد تبين لى أن الصواب ماقلت فماذا نصنع بهم . قال : سل العلماء ، فسألهم فقالوا لاعلم لنا . قال أبو حنيفة : توضع عليهم الجزية ، قال : لم وهم لايرضون بذلك . قال : لأنهم رضوا بالمقام فى دارنا على التأبيد ، والكافر إذا رضى بذلك توضع عليه الجزية ، فاستحسن قوله واعتذر عليه . وإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغي جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقاقا من الكافر ، وهناك يجوز فكذا هنا ، ولأنه قد يحتاج إلى مناظرته ليتوب ، ولا يتأتى ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ، ومنه أن يقول : لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذمى إذا كان يقاتل مع أهل البغي ، ولو ظهر أهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من أهله ليس من أهل البغي صح ، وعليه أن يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل ، فإن كتب هذا القاضي كتابا إلى قاضي أهل العدل بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد

(ألا ترى أنه يكره بيع المعازف) قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه أهل اليمن (ولا يكره بيع الخشب) لأنه إنما يصير معزفا بفعل غيره . قوله (وعلى هذا بيع الخمر مع العنب) أى لايجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب ، والفرق لأبى حنيفة رضى الله عنه بين كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتى فى باب الكراهة إن شاء الله تعالى . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب .

كتاب اللقيط

عنده ، إن كان القاضي يعرفهم وليسوا من أهل البغي أجازه ، وإن كانوا من أهل البغي أو لايعرفهم لايعمل به لأن الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ، ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضي أهل البغي لأنهم فسقة . ويكره أخذ رءوسهم فيطاف بها في الآفاق لأنه مثلة ، وجوّزه بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم . ويكره للعادل قتل أبيه أو أخيه من أهل البغي ، بخلاف أخيه الكافر فإنه لايكره لأنه اجتمع في الباغي حرمتان : حرمة الإسلام ، وحرمة القرابة ، وفي الكافر حرمة القرابة فقط ، وإذا كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف أهل الحرب . لأنه أهدر دمه حين وقف في صفهم . ولو دخل باغ بأمان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا ، وهذا لبقاء شبهة الإباحة في دمه . وإذا حمل العادل على الباغي فقال تبت وألقى السلاح كف عنه ، وكذا لو قال كفّ عني حتى أنظر لعلي أتوب وألقى السلاح ، وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ، ومتى ألقاه كف عنه ، بخلاف الحربي لايلزمه الكف عنه بإلقائه السلاح . ولو غلب أهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغي فأرادوا أن يسبوا ذراري أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراريهم لأنهم لايسبون فوجب قتالهم . وإذا وادع أهل البغي قوما من أهل الحرب لايحل لأهل العدل غزوهم لأنهم مسلمون . وأمان المسلم إذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين ، فإن غدر بهم البغاة فسبوا لايحل لأحد من أهل العدل أن يشتري منهم . ولو ظهر أهل البغي على أهل العدل فألجأوهم إلى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك لأن حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ، ولا يحل لهم أن يستعينوا بأهل الشرك على أهل البغي إذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ، ولا بأس بأن يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لأنهم يقاتلون لإعزاز الدين ، والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب ، وإذا ولى البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته إلى قاضي أهل العدل نفذ منها ماهو عدل ، وكذا ماقضاه برأي بعض المجتهدين لأن قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وإن كان مخالفا لرأي قاضي العدل . ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ماقدمنا ، لأن المستأمن من يدخل دار الإسلام تاركا للحرب وهؤلاء مادخلوا إلا ليقاتلوا المسلمين .

كتاب اللقيط

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والأموال تصير عرضة للفوات ، وقدم اللقيط على

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين . واللقيط : اسم لشيء منبوذ ، فعيل بمعنى مفعول كالجريح . وفي الشريعة اسم لحيّ مولود طرحه أهله

كتاب اللقيط

(قوله واللقيط اسم لشيء منبوذ الخ) أقول : لامن حيث أنه منبوذ بل من حيث أنه سيلقط .

اللقيط سمى به باعتبار مآله لما أنه يلقط . والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه ، وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب . قال (اللقيط حرّ) لأن الأصل فى بنى آدم إنما هو الحرية ، وكذا الدار دار الأحرار ، ولأن الحكم للغالب (ونفقته فى بيت المال) هو المروى عن عمر وعلىّ ،

اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال . واللقيط لغة : مايلقط : أى يرفع من الأرض ، فعيل بمعنى مفعول ، سمى به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من تهمة الزنا به باعتبار مآله إليه لأنه آيل إلى أن يلتقط فى العادة كالقتيل فى قوله صلى الله عليه سلم « من قتل قتيلا فله سلبه» (والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحياء نفس مسلمة) إذا لم يغلب على الظن ضياعه (فإن غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعى وباقى الأئمة الثلاثة فرض كفاية ، إلا إذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج إلى دليل الوجوب قبل الخوف . نعم إذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذى ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا ، لأن هذا الحكم وهو إلزام التقاطه إذا خيف هلاكه مجمع عليه ، والثابت إلزامه بقطعى فرض (قوله اللقيط حرّ ولو كان الملتقط عبدا) أى فى جميع أحكامه حتى يحد قاذفه ، والجناية عليه كالجناية على الأحرار ، ولايحد قاذف أمه لأنا لانعلم حريتها ، ولا يقام الحد مع احتمال السقوط ، وإنما حكم الشرع فيه بالحرية (لأن الأصل فى بنى آدم الحرية) لأنهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء ، وإنما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم ، فما لم يتيقن بالعارض لايحكم به (وكذا الدار دار الأحرار ، ولأن الحكم للغالب) والغالب فى جميع أقطار الدنيا الأحرار (قوله ونفقته فى بيت المال) أى إذا لم يكن له مال ، وهذا بلا خلاف . وأصله ماروى مالك فى الموطإ عن سنين أبى جميلة رجل من بنى سليم أنه وجد منبوذا فى زمن عمر بن الخطاب قال : فجئت به إلى عمر فقال : ماحملك على أخذ هذه النسمة ؟ فقال : وجدتها ضائعة فأخذتها ، فقال له عريفه : يا أمير المؤمنين ؟ إنه رجل صالح ، قال كذلك ؟ قال نعم ، قال اذهب به فهو حرّ وعلينا نفقته . وعن مالك رواه الشافعى فى مسنده . وقال البيهقى : وغير الشافعى يرويه عن مالك ويقول فيه : وعلينا نفقته من بيت المال انتهى . وكذلك رواه عبدالرزاق قال : أنبأنا مالك عن ابن شهاب : حدثنى أبو جميلة أنه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأتاه به فاتهمه عمر رضى الله عنه ، فأثنى عليه خيرا ، فقال عمر رضى الله عنه : هو حرّ وولاءه لك ونفقته من بيت المال . وتهمة عمر دلّ عليها مافى رواية محمد عنه فى حديث أبى جميلة أنه قال له : عسى الغوير أبؤسا ، وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه . وأول من قالته الزباء . وماقيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغى أن يأتى به إلى الإمام أوّلا ليس بلازم . نعم ما لم يتبرع بالإنفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل أبو جميلة يحتاج أن يأتى به إليه ، وإذا جاء به إلى الإمام لايصدقه فيخرج من بيت المال نفقته إلا أن يقيم بينة على الالتقاط لأنه عساه ابنه ولذا قال عمر رضى الله عنه : عسى الغوير أبؤساء . والوجه أنه لايتوقف على البينة إلى مايرجح صدقه ؛ ألا ترى أن عمر لما قال عريفه إنه رجل

خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا ، مضيعه آثم ومحرزه غانم لأن فيه الإحياء ، وقد قال تعالى ـ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا فإذا كان بمعنى المفعول كأن تسمية الشىء باسم مايئول إليه لما أنه يلتقط وهو حرّ أى فى جميع أحكامه حتى أن قاذفه يحدّ وقاذف أمه لايحدّ ، كذا فى شرح الطحاوى . وقوله (لأن الأصل فى بنى آدم الحرية) لأنهم من آدم وحواء وهما حران . والرق إنما هو لعارض الكفر على ماتقدم ، والأصل عدم العارض ، ولأن الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الإسلام الحرية . وقوله (هو المروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما) روى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين . وعن عمر رضى الله عنه مثله .

ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولاقرابة فأشبه المقعد الذى لامال له ولا قرابة ، ولأن ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه . والملتقط متبرع فى الإنفاق عليه لعدم الولاية إلا أن يأمره القاضى به ليكون دينا عليه لعموم الولاية . قال (فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه) لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده (فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) .

صالح أنفق عليه، فإن هذه البينة ليست على أوضاع البينات فإنها لم تقم على خصم حاضر، وإنما كانت ليترجح صدقه فى إخباره بالالتقاط، ولذا قال فى المبسوط : هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وإن لم تكن على خصم: قال الواقدى: وحدثنى محمد بن عبدالله ابن أخى الزهرى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال: كان عمر إذا أتى بلقيط فرض له مايصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصى به خيرا ، ويجعل رضاعه فى بيت المال ونفقته . وروى عبد الرزاق ، حدثنا سفيان الثورى عن زهير بن أبى ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطا فأتى به إلى علىّ رضى الله عنه فألحقه علىّ على ماله (ولأنه مسلم عاجز عن الكسب ولامال له ولاقرابة) أغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت فى بيت المال كالمقعد الذى لامال له ولأن ميراثه لبيت المال(والخراج بالضمان) أى لبيت المال غنمه: أى ميراثه ودينه، حتى لو وجد اللقيط قتيلا فى محلة كانت على أهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال، ولو قتله عمدا فالخيار إلى الإمام على ماتقدم فى مثله فعليه غرمه (ولهذا كانت جنايته فى بيت المال) وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن البصرى أن رجلا التقط لقيطا فأتى به عليا رضى الله عنه فقال : هو حرّ، ولأن أكون وليت من أمره مثل الذى وليت منه أحبّ إلىّ من كذا وكذا. فحرّض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهى الإمامة لأنه لاينبغى للإمام أن يأخذه من الملتقط إلا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت إليه فهو أحق به (قوله والملتقط متبرّع بالإنفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه الدين ليرجع عليه إذا كبر واكتسب (إلا أن يأمره القاضى به ليكون دينا عليه) يعنى بهذا القيد بأن يقول : أنفق عليه ويكون ذلك دينا عليه . وظاهر الحصر المذكور فى قوله إلا أن يأمره إلى آخره يفيد أنه لو أمره ولم يقل ليكون دينا عليه لا يرجع بما أنفق، وهو كذلك فى الأصح لأن مطلق الأمر بالإنفاق إنما يوجب ظاهرا ترغيبه فى إتمام الاحتساب وتحصيل الثواب . وقيل يوجب له الرجوع لأن أمر القاضى كأمر اللقيط بنفسه إذا كان كبيرا (لعموم ولاية القاضى) فإذا أنفق بالأمر الذى يصيره دينا عليه فبلغ فادعى أنه أنفق عليه كذا فإن صدقه اللقيط رجع به، وإن كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة(قوله فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا . قال المصنف معناه

وقوله (والخراج بالضمان) أى له غنمه وعليه غرمه ، كغلة العبد المعيب للمشترى قبل الرد لأنه قبل الرد فى ضمانه ، يقال خراج غلامه : إذا اتفقا على ضريبة يؤديها عليه فى وقت معلوم . وقوله (فيه) أى فى بيت المال ، ويقال برع الرجل وبرع بالفتح والضم: إذا فضل على أقرانه ، ومنه يقال للمتفضل المتبرع . وقوله (إلا أن يأمره القاضى ليكون دينا عليه لعموم الولاية) فى قوله ليكون دينا عليه إشارة إلى أنه إنما يصير دينا إذا قال ذلك، ومن أصحابنا من قال : مجرد أمر القاضى بالإنفاق عليه يكفى، ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك دينا عليه ، لأن أمر القاضى نافذ عليه كأمره بنفسه أن لو كان من أهله ، ولو كان من أهله وأمر غيره بالإنفاق عليه كان ماينفق دينا عليه، فكذا إذا أمره القاضى. والأصح أن لا يرجع مالم يقل القاضى ذلك لأن مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب فى إتمام

(قوله لأن أمر القاضى إلى قوله كان ماينفق عليه دينا) أقول : يعنى أن أمر القاضى نافذ على اللقيط كأمر اللقيط بنفسه أن لو كان اللقيط من أهل الأمر ، ولو كان من أهل الأمر الخ .

معناه : إذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان . والقياس أن لايقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط . وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه . ثم قيل يصح فى حقه دون إبطال يد الملتقط . وقيل يبتنى عليه بطلان يده ، ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا ، والأصح أنه على القياس والاستحسان وقد عرف فى الأصل (وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده

إذا لم يدع الملتقط نسبه) يعنى سابقا على دعوى المدعى أو مقارنا ، أما إذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى ، وإن ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما فى الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمى . ويحكم بإسلام الولد ، ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا . والقياس أن لايثبت إلا ببينة لأنه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه ، وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان أنه إقرار الصبى بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب) ويتأذى بانقطاعه ، إذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا فى ذلك غير ممتنّ به ، ويد الملتقط ما اعتبرت إلا بحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك ، وهذا مع زيادة ماذكرنا حاصل بهذه الدعوى فيقدم عليه ، ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب إيصال هذا النفع إليه ، لأن الأب أحق بكونه فى يده من الأجنبى ، وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ، ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ، ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح ، وكثير من المشايخ لايذكرون غير هذا ، وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعى ويكون فى يد الملتقط للجمع بين منفعتى الولد والملتقط وليس بشىء ، وأما ثبوت النسب فى دعوى ذى اليد (فقيل يصح قياسا واستحسانا) أى ليس فيه قياس مخالف ، والصحيح أنهما أيضا فيه إلا أن وجه القياس فيه غيره فى دعوى الخارج ، فإن ذلك هو استلزامه إبطال حق بمجرد دعواه ، وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادعى أنه لقطة كان نافيا نسبه ، فلما ادعاه تناقض . وجه الاستحسان فيه ماقدمناه ، والتناقض لايضر فى دعوى النسب لأنه مما يخفى ثم يظهر ، وهذا معنى مافى الأصل الذى أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجان معا (ووصف أحدهما علامة فى جسده)

ماشرع فيه من التبرع ، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون دينا عليه . وقوله (معناه : إذا لم يدع الملتقط نسبه) يعنى إذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى لأنهما استويا فى الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى . وقوله (ثم قيل يصح فى حقه) أى فى حق النسب ، وقيل يبتنى عليه بطلان يده لأن من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره . وقوله (ولو ادعاه الملتقط) أى ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابنى بعد ماقال إنه لقيط ، قيل يصح قياسا واستحسانا لأنه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازع له فى ذلك (والأصح أنه على القياس والاستحسان) أى على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان : يعنى فى القياس لايصح وفى الاستحسان يصح كما فى دعوى غير الملتقط . لكن وجه القياس هاهنا غير وجه القياس فى دعوى غير الملتقط . ووجه القياس فى دعوى غير الملتقط هو تضمن إبطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه . ووجه القياس فى دعوى الملتقط هو تناقض كلامه بأنه لما زعم أنه لقيط كان نافيا نسبه لأن ابنه لايكون لقيطا فى يده ثم ادعى أنه ابنه فكان مناقضا . وفى الاستحسان تصح دعواه لأن هذا إقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه فهو فى هذا الإقرار يكتسب له ماينفعه ، وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية . وقوله (إنه متناقض[1]) قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يتبين بعد ذلك أنه ولده ، والتناقض لايمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا أكذب نفسه (وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده

---

(١) ليست هذه القولة بنسخ الشرح التى بأيدينا ، فلعل المحشى كتب على نسخة أخرى اهـ مصححه .

فهو أولى به) لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه ، وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما فى السبب . ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت فى زمان لامنازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى (وإذا وجد فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم فادعى ذمى أنه ابنه ثبت نسبه

فطابق (فهو أولى به) من الآخر إلا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذى العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمى فيقدم المسلم ؛ ولو أقاما البينة وأحدهما ذمى كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق) وهو الدعوى ، وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الأخرى كان ابنه ، ولو وصف الثانى علامة لثبوته فى وقت لا منازع له فيه ، وإنما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببى الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما ، بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث وذكر أحدهما علامة لايفيد شيئا ، وكذا فى دعوى اللقطة لايجب الدفع بالوصف لأن سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة ، فلو قضى له لكان إثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة ، وذلك لايجوز ، إنما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر . ولو ادعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة أنه كان فى يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد، وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما . وعند الشافعى يرجع إلى القافة على ماقدمنا فى باب الاستيلاد ، ولايلحق بأكثر من اثنين عند أبى يوسف وهو رواية عن أحمد . وعند محمد لايلحق بأكثر من ثلاثة . وفى شرح الطحاوى : وإن كان المدعى أكثر من اثنين؛ فعن أبى حنيفة أنه جوّز إلى خمسة . ولو ادعته امرأة لايقبل إلا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج . وإن ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما ، عند أبى حنيفة فى رواية أبى حفص . وعندهما لايكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبى سليمان عنه ، وهذا كله فى حال حياة اللقيط ، فلو مات عن مال فادعى إنسان نسبه لايثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج إلى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقى كلامه مجرد دعوى الميراث ، ولايصدق إلا ببينة على ذلك (قوله وإذا وجد) اللقيط (فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم) فهو مسلم لافرق فى ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم أزعجوا وظهرنا عليه أولا ، ولا بين كونه فيه كفار كثيرون أو لا (فإن ادعاه ذمى أنه ابنه يثبت نسبه

فهو أولى به) أى يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط إلى الذى وصف علامة فى جسده وأصاب فى وصفه لأن الواصف أولى بذلك اللقيط. فإن قيل : ما الفرق بين اللقيط واللقطة فإن اللقطة إذا تنازع فيه اثنان ووصف أحدهما وأصاب ولم يصف الآخر فإنه لايقضى لصاحب الوصف ، بل إذا انفرد الواصف يحل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم. أجيب بأن الفرق بينهما هو أن الإصابة بوصف أمر محتمل، يحتمل أنه أصاب لأنه له، ويحتمل أنه أصاب لأنه رآى فى يد غيره، والمحتمل لايصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد فى دعوى النتاج . إذا ثبت هذا فنقول فى فصل اللقيط : قد وجد ماهوسبب الاستحقاق وهو الدعوة لأنها سبب الاستحقاق فى حق اللقيط ؛ ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقام البينة فيعتبر الوصف ليترجح سبب الاستحقاق ، وأما فى اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف ، فلو اعتبر الوصف اعتبر لأصل الاستحقاق والوصف لايصلح سببا له فافترقا : قوله (وإن وجد فى مصر من أمصار المسلمين) على ماذكره فى الكتاب ظاهر . وقال فى النهاية : والمسئلة فى الحاصل على أربعة أوجه : أحدها أن يجده مسلم فى مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالإسلام . والثانى أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر

منه وكان مسلما) وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير ، وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره فصححت دعوته فيما ينفعه دون مايضره (وإن وجد فى قرية من قرى أهل الذمة أو فى بيعة أو كنيسة كان ذميا) وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميا رواية واحدة ، وإن كان الواجد مسلما فى هذا المكان أو ذميا فى مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ، فى رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه ، وفى كتاب الدعوى فى بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد ؛ ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبى مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا ، وفى بعض نسخه اعتبر الإسلام نظرا للصغير

منه وكان مسلما) استحسانا . والقياس أن لايثبت نسبه منه لأن فى ثبوت نسبه عنه نفى إسلامه الثابت بالدار وهو باطل . وجه الاستحسان (أن دعواه تضمنت) شيئين (النسب وهو نفع للصغير ونفى الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه (فصححنا دعوته فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون مايضره) إلا إذا أقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا . وذكر ابن سماعة عن محمد فى الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصرانى وعليه زىّ أهل الشرك فهو ابنه وهو نصرانى ، وذلك أن يكون فى رقبته صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوز انتهى . ولا ينبغى أن يجعل قميص الديباج علامة فى هذه الديار لأن المسلمين كثيرا مايفعلونه وإذا حكمنا بأنه ابن ذمى وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده إذا قارب أن يعقل الأديان كما قلنا فى الحضانة إذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وإن وجد فى قرية من قرى أهل الذمة أو فى بيعة أو كنيسة) فى دار الإسلام (كان ذميا) هكذا قال القدورى . قال المصنف (هذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميا رواية واحدة ، فإن كان مسلما فى هذا المكان) أى فى قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة (أو كان) الواجد (ذميا) لكن وجده (فى مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ، ففى كتاب اللقيط العبرة بالمكان) فى الفصلين ، وهو ما إذا كان الواجد مسلما فى نحو الكنيسة أو ذميا فى غيرها من دار الإسلام ، وعليه مشى القدورى هنا لأن المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفى كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (فى بعض النسخ اعتبر الواجد) فى الفصلين (وهو رواية ابن سماعة) فى الفصلين لأن اليد أقوى من المكان (ألا ترى) أن الصبى المسبى مع أحد الأبوين إلى دار الإسلام يكون كافرا حتى لايصلى عليه إذا مات (وفى بعض نسخه) أى نسخ كتاب الدعوى من المبسوط (اعتبر الإسلام) أى مايصير الولد به مسلما (نظرا للصغير) ولا ينبغى أن يعدل عن ذلك ، فعلى هذا لو وجده كافر فى دار الإسلام أو مسلم فى كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعا : اتفاقيتان ، وهو ما إذا وجده مسلم فى قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر فى نحو كنيسة فهو كافر ، واختلافيتان وهما مسلم فى نحو كنيسة أو كافر فى نحو قرية للمسلمين . وفى كفاية البيهقى قيل : يعتبر بالسيما والزىّ لأنه حجة ، قال الله تعالى ـ تعرفهم بسيماهم ـ يعرف المجرمون بسيماهم ـ وفى المبسوط : كما لو اختلط الكفار : يعنى

كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لايصلى عليه إذا مات . والثالث أن يجده كافر فى مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم فى مكان الكافرين ، فى هذين الفصلين اختلفت الرواية . فى كتاب اللقيط يقول : العبرة للمكان فى الفصلين جميعا . وفى رواية ابن سماعة عن محمد أن العبرة للواجد بالفصلين جميعا ، كذا فى المبسوط . وقوله (فى بعض النسخ) أى فى بعض نسخ دعوى المبسوط .

قال المصنف (لقوة اليد ألا يرى الخ) أقول : فيه بحث ، فإن التبعية فى الأبوين للجزئية لا لليد بمجردها (قال المصنف فوق تبعية الدار) أقول : لأن بينه وبين الأبوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان .

(ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه) لأنه حرّ ظاهرا إلا أن يقيم البينة أنه عبده (فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه) لأنه ينفعه (وكان حرا)لأن المملوك قد تلد له الحرة فلاتبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحرّ فى دعوته اللقيط أولى من العبد ، والمسلم أولى من الذمى) ترجيحا لما هو الأنظر فى حقه

موتانا بموتاهم الفصل بالزى والعلامة ، ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم أنه مسلم يجب الأخذ بقوله (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل عنه) لأن الأصل الحرية لما قدمنا (إلا أن يقيم بينة) لايقال : هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لأن الملتقط خصم لأنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول إلا ببينة هنا ، وإنما قلنا هنا كى لاينقض بما إذا ادعى خارج نسبه فإن يده تزول بلا بينة على الأوجه . والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد ، وفى دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التى أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول مايفوق المقصود من اعتبارها، وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال إلا ببينة(قوله فإن ادعى عبدا أنه ابنه ثبت نسبه منه لأنه ينفعه ، وكان حرا لأن المملوك قد تلد له الحرة) فيكون الأب عبدا والولد حرا لأنه يتبع أمه فى الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون مايضره على ماذكرنا فى دعوى الذمى فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) إذا لم تضف ولادته إلى امرأة أمة ، فإن أضاف إلى امرأته الأمة ففيه خلاف بين أبى يوسف ومحمد . ذكر فى الذخيرة أن الولد حرّ عند محمد، وعند أبى يوسف عبد ،فمحمد يقول فى دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق ، وأحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون مايضره، وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع فى ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعا فيحكم برقه تبعا ، بخلاف الذمى فإنه ليس من ضرورته ثبوت كفره بلجواز إسلام زوجته ، وعلى هذا لو قال الذمى إنه من زوجتى الذمية لايصدق (قوله والحرّ فى دعوته اللقيط أولى من العبد) يعنى إذا ادعياه وهما خارجان

(قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر . فإن قيل : إن البينة لاتقبل إلا على خصم منكر ولا خصم هاهنا لأن الملتقط ليس بولى فلا يكون خصما عنه . أجيب بأن الخصم هو الملتقط باعتبار يده لأنه يمنعه عنه ، ويزعم أنه أحق بحفظه فلا يتوصل المدعى إلى استحقاق يده عليه إلا باقامة البينة ، فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه لأن دعواه تضمنت شيئين : النسب وهو نفع للصبى لأنه يحصل له الشرف بثبوت النسب ، والرق وهو مضرة فيثبت الأول دون الثانى لأن الأول لايستلزمه لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك . ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما أنه يثبت نسبه لأنه ينفعه ، وكل ماينفعه يثبت له . والثانى أنه حرّ لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا ، وقد تلد له الأمة فيكون عبدا ،والظاهر فى بنى آدم الحرية فلاتبطل بالشك . قال (والحر فى دعوته اللقيط أولى من العبد) إذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذمى وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمى ، وكذلك إذا أقاما البينة وليست إحداهما أكثر إثباتا ، حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمى مسلمان كان للمسلم لأن بينة كل واحد منهما حجة فى حق الآخر وليست إحداهما أكثر إثباتا فكان المسلم أولى . وأما إذا كانت بينة الذمى أكثر إثباتا فلا يعتبر الترجيح بالإسلام، فلو ادعى الذمى صبيا فى يد رجل أنه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام عبد مسلم بينة أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة قضى للذمى بالصبى ،ولم يترجح العبد بالإسلام لأن بينة الذمى أكثر إثباتا لأنها تثبت

(قوله لأنه يمنعه عنه) أقول : أى يمنعه من المدعى (قوله لأن الأول لايستلزمه) أقول : إذا لم يستلزمه فكيف تضمنه ؟

(وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتبارا للظاهر . وكذا إذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضى لأنه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله إليه . وقيل يصرفه بغير أمر القاضى لأنه للقيط ظاهرا (وله ولاية الإنفاق وشراء مالابد له منه) كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة . قال (ولا تصرفه فى مال الملتقط) اعتبارا بالأم . وهذا لأن ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود فى كل واحد منهما أحدهما .

لما قلمنا أنه إذا كان الملتقط ذميا ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه ، وكذا إذا ادعى الذمى أنه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمى لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم بإسلامه ، ولا كذلك فى دعوى رقه إلا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقا ، كما أن الذمى إذا ادعاه ابنا له وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ، ولو وجد طفل فى يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه . وقال هو عبدى فالقول قول المولى لأن العبد المحجور لا يد له على نفسه فما فى يده كما فى يد المولى ، وكذا لو أقرّ بعين فى يده لآخر وكذبه المولى لايصح إقراره كما لو كان فى يد المولى ، ولو كان العبد مأذونا فى التجارة فالقول قول العبد لأن للمأذون يدا على نفسه حتى صح إقراره بما فى يده لغير السيد ، وإن كذبه السيد فيكون الولد الذى فى يده حرا إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له) بلا خلاف (اعتبارا للظاهر) أى فى دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه فى ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها . وقوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبارا للظاهر (ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضى لأنه مال ضائع) أى لاحافظ له ، ومالكه وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ (وللقاضى ولاية صرف مثله إليه) وكذا لغير الواجد بأمره والقول قوله فى نفقة مثله (وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضى) أيضا (لأنه للقيط) كما حكمنا به (وللواجد الإنفاق عليه وشراء مالا بد له منه من الطعام والكسوة لأنه من الإنفاق) وشراء مالا بد منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الإنفاق : أى للواجد ولاية الإنفاق ، وله شراء مالابد للقيط منه ، وبهذا قال أحمد (ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط) واللقيطة (لانعدام سبب ولاية الإنكاح من القرابة والملك والسلطنة) وهذا بلا خلاف (ولا تصرفه فى ماله ببيع) ولا شراء شىء ليستحق الثمن دينا عليه لأن الذى إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك (اعتبارا بالأم) فإنها لايجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى (وهذا) أى عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه (لأن ولاية التصرف إنما هو لتثمير المال وذلك) إنما (يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود فى كل منهما أحدهما) لأن فى الأم شفقة كاملة مع قصور فى الرأى ، وفى الملتقط رأى كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ، ونظير ماذكر المصنف هنا ماقدمه فى ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد زوّجها

النسب بجميع أحكامه . وأما إذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها ، فإن الملتقط إذا كان ذميا فهو أولى من المسلم الخارج (وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهوله) وكذا الدابة (اعتبارا للظاهر) لأن اللقيط لما كان فى دار الإسلام كان حرا من أهل الملك ، فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه كالقميص الذى عليه . فإن قيل : الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق ، فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك . أجيب بأن هذا الظاهر يدفع دعوى الغير (قوله ثم يصرفه الواجد إليه) ظاهر . وقوله (والموجود فى كل واحد منهما) أى من الملتقط والأم (أحدهما) لأن للملتقط رأيا كاملا

قال (ويجوز أن يقبض له الهبة) لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها . قال (ويسلمه فى صناعة) لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله . قال (ويؤاجره) قال العبد الضعيف : وهذا رواية القدورى فى مختصره ؛ وفى الجامع الصغير : لايجوز أن يؤاجره . ذكره فى الكراهية وهو الأصح . وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه . ووجه الثانى أنه لايملك إتلاف منافعه فأشبه العم . بخلاف الأم لأنها تملكه على مانذكره فى الكراهية إن شاء الله تعالى .

غير الأب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض) أى الملتقط (للقيط الهبة) والصدقة عليه (لأنه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها . قال) القدورى : ويسلمه فى صناعة لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن الشتات وصيانته عن الفساد . ثم (قال) القدورى (ويؤاجره) لأنه من التثقيف يعنى التقويم (وفى الجامع الصغير : لايجوز أن يؤاجره ذكره فى الكراهية) قال المصنف (وهو الأصح) لأنه لايملك إتلاف منافعه فلا يملك تمليكها (فأشبه العم ، بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه) بالاستخدام والإعارة بلا عوض ، فبالعوض بالإجارة أولى .

[فروع] ادعاه الملتقط عبدا له بعد ماعرف الالتقاط لايصدق إلا ببينة كالخارج . ولو ادعاه ذمى وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لاعبرة بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه . وأثر هذه البينة فى كونه كافرا ولا يثبت بذلك . ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا فى كونه عند أحدهما قضى به للمسلم لأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولأنه يعلمه أحكام الإسلام . بخلاف الكافر . وإذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه . إن كان قبل أن يقضى عليه بما لايقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبدا لأنه غير متهم فيه . وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لايقبل ولايصير به عبدا لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا فى ذلك ، فهو كما لو كذبه الذى أقر له بالرق . ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعدما كبرت إن كان بعد التزويج صح وكانت أمة للمقر له ، ولا تصدق فى إبطال النكاح لأن الرق لاينافى النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم رقها انتفاء النكاح . ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق وصداقها لازم عليه لايصدق فى إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه فهو متهم فى إقراره هذا . وكذا إذا استدان دينا أو بايع إنسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لايصدق فى إبطال شىء من ذلك لأنه متهم ، وتقدم أن ميراثه لبيت المال ، فلو أنه والى رجلا بعد ما أدرك الملتقط أو غيره ، فإن كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن جنى جناية وعقله بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال . وإن كان قبل ذلك جاز لأن ولاءه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالى من شاء وصار كالذى أسلم من أهل الحرب له أن يوالى من شاء إلا أن يجنى فيعقله بيت المال .

ولا شفقة له ، وللأم شفقة كاملة ولا رأى لها (قوله لأنه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو مايسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب (قوله بخلاف الأم لأنها تملكه) أى تملك إتلاف منافعه فإنها تملك استخدام ولدها وإجارته ، والله أعلم .

(قال المصنف : ويؤاجره) أقول : بالنصب عطف على قوله أن يقبض .

كتاب اللقطة

قال (اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها)

كتاب اللقطة

هى فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره ، وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة للذى يضحك منه ويهزأ به . وإنما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس فى الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال ، فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازا ، وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط . وما عن الأصمعى وابن الأعرابى أنه بفتح القاف اسم المال أيضا فمحمول على هذا : يعنى يطلق على المال أيضا . ثم اختلف فى صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لايحل له لأنه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين ، وبه قال أحمد يحل ، والترك أفضل ، أما الحل فلأنه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها على ماسنذكر . وأسند إسحاق بن راهويه عنه صلى الله عليه وسلم «من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل» وأما أفضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها فى المكان الذى فقدها فيه ولولم يذكر خصوص المكان ، فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لابد عادة أن يمر فى ذلك المكان مرة أخرى فى عمره ، ولأن الظاهر أن سقوطها فى أثناء الطرقات التى يمربها أو يجلس فى غادة أمره وعامة الفقهاء على أنه إليه ، وقيده الطحاوى وغيره بما إذا كان يأمن على نفسه ، فإن كان لايأمن يتركها ، ولأنه يجوز أن تصل يد خائنة إليها ، فإن غلب على ظنه ذلك إن لم يأخذها ففى الخلاصة يفترض الرفع . ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففى ظاهر الرواية لاضمان عليه وسنذكره (قوله واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها ،

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى ، وخص اللقيط ببنى آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الأول لشرف بنى آدم على اللقطة وهى الشىء الذى يجده ملقى فيأخذه أمانة (إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء رحمهم الله

كتاب اللقطة

(قوله واللقطة بغيرهم التمييز بينهما) أقول : فيه أنه إذا عكس يوجد التمييز أيضا فلا يدل ماذكره على التخصيص المطلوب . والأولى ماقى غاية البيان أن فعلة يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبوذ كأنه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه ، وميلان الطباع إليه فسمى لقطة على الإسناد المجازى ، وفى المنبوذ من بنى آدم إباء فى القلوب عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمى لقيطا : أى ملقوطا على سبيل التفاؤل وإرادة الصلاح فى حاله كما سمى اللديغ سليما والمهلكة مفازا انتهى (قوله واللقطة وهى الشىء الذى يجده ملقى فيأخذه أمانة) أقول : كذا صحح فى المغرب ، ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره .

لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا ، وإذا كان كذلك لاتكون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة فى حقهما فصار كالبينة ، ولو أقرّ أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ، وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لايضمن والقول قوله لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ،

لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو أفضل) وظاهر المبسوط اشتراط عدلين إلى آخره (وإذا كان كذلك) يعنى إذا كان أشهد أو إذا كان أمانة بأن أشهد (لاتكون مضمونة عليه) فلو هلكت بغير صنع منه لاضمان عليه ، وكذا إذا صدقه المالك فى قوله أنه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبينته على أنه أخذها ليردها (ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع ، وإن لم يشهد وقال أخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لايضمن) وبه قال الشافعى ومالك وأحمد . وفى شرح الأقطع ذكر محمدا مع أبى يوسف (والقول له) مع يمينه أنه أخذها ليردها (لأن الظاهر شاهد له) إذ الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولأن الأخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فإذا أخذ إن لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك

(قوله بل هو أفضل عند عامة العلماء) احتراز عن قول من يقول إنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل لأن صاحبها إنما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه، فإذا تركها وجدها صاحبها فى ذلك الموضع (قوله وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل أن اللقطة عند عامة العلماء على نوعين : مايكون أخذه واجبا وهو ما إذا خاف الضياع ، واستدل على ذلك بقوله تعالى ـ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ـ وإذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله ، وبأن حرمة مال المسلم كحرمة ماله ، فإذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه ، فكذلك إذا خاف على مال غيره وما لايكون أخذه واجبا ، وهو ما إذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب إليه لقوله تعالى ـ وتعاونوا على البرّ والتقوى ـ ولأنه لو تركها لايؤمن أن يصل إليها يد خائنة فتمنعها عن مالكها . وقيل تركه أفضل لما ذكرنا أن صاحبها إنما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه والأول ظاهر المذهب (وإذا كان كذلك) أى إذا كان أخذها مأذونا فيه شرعا (لاتكون مضمونة عليه) كذا وكذا فى بعض الشروح وهو لايناسب قوله إذا تصادقا، والظاهر أن معناه وإذا أشهد الملتقط أنه يأخذها الخ لاتكون مضمونة عليه لأنه لم يأخذ لنفسه ، ويجوز أن يكون معناه وإذا كانت أمانة لاتكون مضمونة عليه ، وكذا إذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة فى حقهما وصار كما إذا قام الملتقط البينة أنه أخذها ليوصلها إلى المالك (ولو أقرّ) الملتقط (أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ، وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لايضمن والقول قوله) أما عدم الضمان فلأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لأن فعل

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول : يعنى فى شرح الإتقانى (قوله وهو لايناسب قوله وكذا إذا تصادقا الخ) أقول : إنما لايكون مناسبا أن لو كان قوله وكذا إذا تصادقا عطفا على قوله، وإذا كان كذلك لاتكون مضمونة وليس ذلك بلازم فإنه يجوز أن يكون عطفا على قوله إذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول :وعندى هذا أظهر مما ذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا إذا تصادقا ، وكذا تكون اللقطة أمانة إذا تصادقا ، ويوجد التناسب والتلازم لكونه عطفا على قوله اللقطة أمانة الخ ، وعلى الوجه الذى ذكره قبله يكون المعنى وكذا لاتكون مضمونة عليه إذا تصادقا ، وفيه نوع تأمل .

ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى مايبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه فى الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس .

فأقل مافى الباب أن يكون مشكوكا فى أنه أخذه له أو لنفسه فلايضمن بالشك (ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى مايبرئه وهو الأخذ لمالكه ، وفيه وقع الشك فلا يبرأ . وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر كون التصرف عاملا لنفسه) فإن قال كون أخذ المال سببا للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما بإذنه فممنوع ، وإذا لم يثبت أن هذا الأخذ سبب للضمان لم يقع الشك فى البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ماذكرتم . فالجواب أن إذن الشرع مقيد بالإشهاد عند الإمكان على ماذكرنا آنفا من رواية إسحاق « من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل » وهذا الاختلاف فيما إذا أمكنه الإشهاد ، وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف أنه إن أشهد أخذها منه ظالم فتركه لايضمن بالإجماع ، والقول قوله مع يمينه كونى منعنى من الإشهاد كذا (قال : ويكفيه فى الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علىّ) أو عندى ضالة أو شيء فمن سمعتموه إلى آخره . فإذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لايضمن ، ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لأنه) أى اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا فى هذا الزمان . قال الحلوانى : أدنى مايكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذتها لأردها ، فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف إشهادا . وقول المصنف يكفيه من الإشهاد أن يقول إلى آخره يفيد مثله ؛ فاقتضى هذا الكلام أن يكون الإشهاد الذى أمر به فى الحديث هو التعريف . وقوله عليه الصلاة والسلام « من أصاب ضالة فليشهد » معناه فليعرّفها . ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف : أى الإشهاد . فإنه إذا استشهد ثم عرق بحضرته لايقبل مالم يكن عدلا . وإلا فالتعريف لايقتصر على مابحضرة العدول ، وعلى هذا فخلافية أبى يوسف فيما إذا لم يعرّفها أصلا حتى ادعى ضياعها وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك . وقولهما إن إذن الشرع مقيد بالإشهاد أى بالتعريف ، فإذا لم يعرّفها فقد ترك ما أمر به شرعا فى الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه ، وعلى هذا لايلزم الإشهاد : أى التعريف وقت الأخذ ، بل لابد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لا لنفسه ، وحينئذ فما ذكر فى ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لايضمن من غير قيد بكونه ردها فى مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر ، لأن بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفى الضمان عنه ، وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ، فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن ، وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لا ، والوجه ظاهر المذهب ، وما ذكرنا لاينفى وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالأخذ

المسلم محمول على مايحل له شرعا ، والذى يحل له شرعا الأخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه ، وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الإشهاد منه ، وأما أن القول قوله فلأن صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة فى ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب . وقوله (ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان) ظاهر . قيل هذا الاختلاف فى الإشهاد فيما إذا أمكنه أن يشهد ، أما إذا لم يجد أحدا يشهده عند الرفع أوخاف أنه لو أشهد عند الرفع أن يأخذه منه الظالم فترك الإشهاد لايكون ضامنا بالاتفاق ، وإن وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه . وقوله (ويكفى فى الإشهاد أن يقول) ظاهر .

(قوله قيل هذا الاختلاف فى الإشهاد الخ) أقول : أى فى وقت انتفاء الإشهاد ففيه حذف مضافين .

قال (فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا) قال العبد الضعيف : وهذه رواية عن أبى حنيفة . وقوله أياما معناه على حسب مايرى . وقدره محمد فى الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير ، وهو قول مالك والشافعى لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل » . وجه الأول أن التقدير بالحول ورد فى لقطة كانت مائة دينار تساوى ألف درهم ، والعشرة وما فوقها فى معنى الألف فى تعلق القطع به فى السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست فى معناها فى حق تعلق الزكاة ، فأوجبنا التعريف بالحول احتياطا ، وما دون العشرة ليس فى معنى الألف بوجه ما ففوضنا إلى رأى المبتلى به

(قوله فإن كانت) اللقطة (أقل من عشرة عرفها أياما) وفسرها المصنف بحسب مايرى من الأيام من غير تفصيل ، وذلك أنه روى عن أبى حنيفة : إن كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا ، وإن كانت أقل من مائتين إلى عشرة عرفها شهرا ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب مايرى . وفى رواية أخرى قال : فيما دون العشرة إن كانت ثلاثة فصاعدا : يعنى إلى العشرة يعرفها عشرة أيام ، وإن كانت درهما فصاعدا : يعنى إلى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام ، وإن كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما ، وإن كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير . قال شمس الأئمة : شيء من هذا ليس بتقدير لازم ، بل يعرف القليل بقدر مايغلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها بعد ذلك ، وهذا أخذ بالرواية التى ذكرناها قبل هذا وهو جيد ، والظاهر أنه إنما قدر بذلك التقديرات فى القليل لغلبة الظن أن المالك فى تلك التقادير لايطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها ، وظاهر الرواية وهو ماذكر محمد فى الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعى وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم ماسيذكر ، وكذا روي عن عمر وعلى وابن عباس . وجهه ماذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه سنة » من غير فصل ، وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : لاتحل اللقطة ، فمن التقط شيئا فليعرفه سنة » ومعنى لاتحل اللقطة : أى لايحل للملتقط تملكها ، وهذا لايتعرض للالتقاط نفسه . وفى الصحيحين عن زيد بن خالد الجهنى « سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال : عرفها سنة ، ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فإن جاء صاحبها فأدها إليه » (وجه الأول أن التقدير بالحول ورد فى لقطة كانت مائة دينار تساوى ألف درهم ، والعشرة فما فوقها فى معنى الألف شرعا فى تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست فى معناها فى حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول) إلحاقا لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطا (وما دون العشرة ليس فى معنى الألف شرعا بوجه ما ففوضنا) التعريف فيها (إلى رأى المبتلى به) والمراد بقوله كانت مائة دينار

(وقوله وهذه رواية عن أبى حنيفة) يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية ، فإن الطحاوى رحمه الله قال : وإذا التقط لقطة فإنه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا أو خسيسا فى ظاهر الرواية (وقوله كانت مائة دينار تساوى ألف درهم) يريد ماروى البخارى رحمه الله فى الصحيح مسندا إلى أبى بن كعب رضى الله عنه قال : « أخذت صرة مائة دينار ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيته ثانيا فقال عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجد ، ثم أتيته ثالثا فقال : احفظ وعاءها ووكاءها وعددها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » . وفيه نظر لأن العبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب . وأقول : هذا الحديث يدل على أن التعريف

(قوله لأن العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول : فإن النكرة إذا وقعت فى سياق الشرط تعم على ماصرحوا به ، وسيأتى الحديث المروى كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول : فيه بحث إذ يجوز أن يقال للحديث دلالتان على مامر مثله فى السير .

وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأى الملتقط يعرّفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها بعد ذلك ثم يتصدّق بها ، وإن كانت اللقطة شيئا لايبقى عرّفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به ، وينبغى أن يعرّفها فى الموضع الذى أصابها . وفى الجامع : فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها ، وإن كانت اللقطة شيئا يعلم أن صاحبها لايطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لأن التمليك من المجهول لايصح .

ما فى الصحيحين واللفظ للبخارى عن أبىّ بن كعب قال « أخذت صرّة مائة دينار فأتيت النبىّ صلى الله عليه وسلم فقال عرّفها حولا ، فعرفتها فلم أجد ، ثم أتيت بها فقال : عرّفها حولا فعرّفتها فلم أجد ، ثم أتيته ثالثا فقال : احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » وهذا يقتضى قصر حديث العام على حديث المائة دينار ، وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة فى غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره (قوله وقيل الصحيح أن شيئا من هذه التقادير ليس بلازم) ولا التقدير بالعام (ويفوض إلى رأى المبتلى به يعرّفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها بعد ذلك ثم يتصدّق بها) وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره . واستدل عليه بحديث الثلاث سنين فى المائة دينار ، فإنه يعرف به أن ليس السنة بتقدير لازم بل مايقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أو لا ، وهذا يختلف باختلاف خطر المال ؛ ألا ترى أن المال لما كان ذا خطر كبير أمره صلى الله عليه وسلم أن يعرّفه ثلاث سنين (قوله وإن كانت اللقطة شيئا لايبقى عرّفه حتى يخاف فساده فيتصدق به) قال المصنف (وينبغى أن يعرّفها فى الموضع الذى أصابها فيه وفى الجامع) يعنى الأسواق وأبواب المساجد فينادى من ضاع له شىء فليطلبه عندى . واعلم أن ظاهر الأمر بتعريفها سنة يقتضى تكرار التعريف عرفا وعادة وإن كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة ، ولكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله وقتا بعد وقت ، ويكرر ذلك كلما وجد مظنة ، وما قدمنا من قول الولوالجى مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة هو فى دفع الضمان عنه ، أما الواجب فأن يذكرها مرة بعد أخرى (قوله وإن كانت اللقطة شيئا يعلم أن صاحبها لايطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة فيجوز الانتفاع بها) للواجد (بلا تعريف) وعنه صلى الله عليه وسلم « أنه رأى تمرة فى الطريق فقال : لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها » ولا يعلم فيه خلاف بين العلماء ، ولكن تبقى على ملك مالكها ، حتى إذا وجدها فى يده له أخذها لأن الإباحة لاتخرجه عن ملك مالكه ، وإنما إلقاؤها إباحة لاتمليك (لأن التمليك من المجهول لايصح) وذكر شيخ الإسلام أنها لو كانت متفرقة فجمعها

يكون حولين ، وليس ذلك بشرط بالإجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد (وقوله وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير) إشارة إلى ما اختاره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله . وقوله (كالنواة وقشور الرمان) يعنى إذا كان فى مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فإنه يجوز له الانتفاع بها لأن القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لايملكها ، حتى أن صاحبها إذا وجدها فى يده بعد ما جمعها جاز أن يأخذها لأن الإلقاء متفرقا دليل على الإذن لاعلى التمليك ، لأن التمليك من المجهول لايصح . ذكره فى المحيط . فأما إذا كانت

(قال المصنف : وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأى الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول : قال شمس الأئمة السرخسى فى مبسوطه : قال أبى بن كعب رضى الله تعالى عنه « وجدت مائة دينار فأخبرت النبى عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة ، فعرفتها فلم يعرفها أحد ، فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام : عرفها سنة أخرى ، فعرفتها ، ثم أخبرته فقال : عرفها سنة أخرى ، ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك ، فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها فإنها رزق ساقه الله إليك » انتهى .

قال (فإن جاء صاحبها وإلا تصدّق بها) إيصالا للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان ، وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازة التصدق بها ، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها . قال (فإن جاء صاحبها) يعني بعد ماتصدق بها (فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة) وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته ، والملك يثبت للفقير قبل الإجازة فلا يتوقف على قيام المحل ، بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الإجازة فيه

ليس للمالك أخذها لأنها تصير ملكا له بالجمع ، وعلى هذا التقاط السنابل ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد ، وفي غير موضع تقييد هذا الجواب : أعني جواز الانتفاع بهما بما إذا كانت متفرقة ، فإن كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها ليرفعها . وعن أبي يوسف : لو جزّ صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ، ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ، ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذه بعد أن يعطيه مازاد الدباغ . وفي الخلاصة : والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس بأخذه (قوله فإن جاء صاحبها أخذها وإلا تصدق بها) أو أكلها إن كان فقيرا ، أو استقرضها بإذن الإمام ويتملكها إن شاء وإن شاء أمسكها أبدا حتى يجيء صاحبها ، وإذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في المواريث ، ثم الورثة أيضا يعرّفونها ، ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرّفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لأنهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا : أي لم يعرّفوا ، ويغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميتها عن صاحبها ، ويجرى فيه خلاف أبي يوسف وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب ، فإن جاء صاحبها (بعد التصدق فهو) بأحد خيارات ثلاث (إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه) أي بإذن المالك وحصول الثواب للإنسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الإذن والرضا فبالإجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه لرضاه بذلك . فإن قيل : كيف تلحقه الإجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها ؟ أجاب بأن ذلك فيما يتوقف فيه الملك على الإجازة كما في بيع الفضولي ، أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لأن الأمر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدّق عليه ، وإذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا إجماعا

مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها (قوله فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها) يعني إن جاء صاحبها بعد التعريف دفعها إليه أيضا لا لعين حقه المستحق الدفع إليه كما في بيع الفضولي (وإلا) أي وإن لم يجيء فهو بالخيار (إن شاء) تصدق بها أيضا لا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها على مستحقه (وإن شاء أمسكها رجاء) للظفر بصاحبها ، فإن جاء صاحبها بعد ماتصدق بها

= ثم قال : وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه دليل لما قلنا أن التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ، ولكنه يعرفها بحسب مايطلبها صاحبها ؛ ألايرى أن المائة دينار لما كان مالا عظيما كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى . فيفهم منه أن اللاقط يعرفها أكثر من حول عند شمس الأئمة بحسب ظنه . وفي المحيط البرهاني والفقيه أبي جعفر : كان يقول إذا بلغ مالا عظيما بأن كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال ، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الإمام أنه كان يروى عن محمد أنه يعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر (قوله فالظاهر أنه ما ألقاها) أقول : بل سقطت منه (قال المصنف : فلا يتوقف على قيام المحل) أقول : والأظهر عندي أن فاعل لا يتوقف هو الضمير الراجع إلى الإجازة .

(وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه إلا أنه بإباحة من جهة الشرع ، وهذا لاينافى الضمان حقا للعبد كما فى تناول مال الغير حالة المخمصة ، وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك فى يده لأنه قبض ماله بغير إذنه ، وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله . قال (ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعى : إذا وجد البعير والبقر فى الصحراء فالترك أفضل .

حتى ينتقل إليه الثواب (وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه) فإن قلت : لكنه بإذن الشرع وإباحة منه . قلنا : الثابت من الشارع إذنه فى التصدق لا إيجابه (هذا) القدر (لاينافى) وجوب الضمان (حقا للعبد كما فى) إذنه (فى تناول مال الغير عند المخمصة) والمرور فى الطريق مع ثبوت الضمان ، فإذا جاز أن يثبت إذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لأن الأصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير إذنه (وإن شاء ضمن المسكين) إذا كان المدفوع إليه (هلك فى يده لأنه قبض ماله بغير إذنه) فإن قلت : إذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها بإذن الشرع فكيف يسترجعها . أجيب بأنه لامانع من ثبوت الملك بإذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما فى الهبة . والمرتد : الراجع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق ، وإذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم إذنه (وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله) وما نقل عن القاضى أبى جعفر من أنه إنما يرجع على الملتقط إذا تصدق بغير أمر القاضى ، أما إذا كان بأمره فلايرجع ردوه بأنه خلاف المذهب ، فإنه لو تصدق القاضى بنفسه كان للمالك أن يضمنه إذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بأمره ، وهذا لأن القاضى ناظر للغيب فى أموالهم حفظا لها لا إتلافا فلاينفذ من إتلافه إلا مالزمه شرعا القيام والتصدق ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير . وقال مالك والشافعى) وأحمد (إذا وجد البقر والبعير فى الصحراء فالترك أفضل ،

الملتقط بإذن الحاكم فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق إن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته . فإن قيل التوقف على الإجازة يقتضى قيام المحل عندها كما فى بيع الفضولى وليس بلازم ؛ حتى لو أجاز المالك بعد هلاكها صحت الإجازة . وأجاب بأن الملك يثبت للفقير قبل الإجازة لأن الملتقط لما كان مأذونا فى التصدق شرعا ملك الفقير بنفس الأخذ لأن التصدق من أسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الإجازة . فإن قيل : لو ثبت الملك للفقير قبل الإجازة لما ثبت للمالك حق الأخذ إذا كان قائما فى يد الفقير . أجيب بأن ثبوت الملك لايمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له ، وكالمرتد إذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ماقسمت أمواله بين ورثته فإنه يأخذ ماوجده قائما بعد ثبوت الملك لهم ، بخلاف بيع الفضولى فإن الملك فيه للمشترى إنما يثبت بعد إجازة المالك بيعه فلابد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشترى والمالك أيضا ، وسيجىء تمامه فى البيوع إن شاء الله تعالى ، وإن شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر . فإن قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها بإذن الشرع ؟ أجاب بقوله (إلا أنه بإباحة من جهة الشرع) يعنى أن الإذن كان إباحة منه لا إلزاما ، ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم ولا ينافى الضمان حقا للعبد كما فى تناول مال الغير حالة المخمصة (وإن شاء ضمن المسكين) لما ذكره فى الكتاب وهو واضح (وإن كانت العين قائمة أخذها لأنه وجد عين ماله) وحاصله أن المالك إن لم يجز الصدقة فلا يخلو إما أن تكون العين قائمة فى يد الفقير أو هالكة ، فإن كانت قائمة أخذها ، وإن كانت هالكة فإن شاء ضمن الملتقط وإن شاء ضمن الفقير ، وأيهما ضمنه لايرجع على صاحبه بشىء ، فإن كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير إذن المالك والفقير بالتسلم بدونه . لايقال : الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لأن التغرير إذا لم يكن فى ضمن عقد لايوجب شيئا . وقوله (ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير) ظاهر

وعلى هذا الخلاف الفرس . لهما أن الأصل فى أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع ، وإذا كان معها ماتدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب إلى الترك . ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما فى الشاة (فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك ، وإن أنفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبها لأن للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر فى الإنفاق على مانبين

وعلى هذا الخلاف الفرس) لهم (أن الأصل فى أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع ، وإذا كان معها ما تدفع عن نفسها به) كالقرن مع القوة فى البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة فى البعير والفرس (يقل) ظن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة فى الأخذ والندب إلى الترك) هذا ، ولكن كلامهم يقتضى أن الخلاف فى جواز الأخذ وحله وهو الظاهر (ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما فى الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهنى قال : « جاء رجل يسأل النبىّ صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، قلت : فضالة الغنم ؟ قال : هى لك أو لأخيك أو للذئب ، وفى الصحيح « قال خذها فإنما هى لك أوّ لأخيك أو للذئب ، قال : فضالة الإبل ؟ قال : مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ؛ ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها » وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لايؤوى الضالة إلا ضال » وقال صلى الله عليه وسلم « إن ضالة المسلم حرق النار » رواه الجماعة . أجاب فى المبسوط بأن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة لاتصل إليها يد خائنة ، فإذا تركها وجدها ، وأما فى زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده ، ففى أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى . ومقتضاه أنه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق . فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها وأن ذلك طريق الوصول ، فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد . وأقصى مافيه أن يكون عاما فى الأوقات خص منها بعض الأوقات بضرورة العقل من الدين لو لم يتأيد بحديث عن عياض بن حماد « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال : عرّفها فإن جاء ربها وإلا فهى مال الله يؤتيه من يشاء ، فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه (قوله فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أى عن أن يشغلها بالدين بلا أمره (وإن أنفق بأمره كان دينا عليه لأن للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له ، وقد يكون النظر فى الإنفاق على مانبين) الآن

سوى ألفاظ نذكرها . وقوله (والإباحة) أى إباحة الأخذ . وقوله (وإذا كان معها) أى مع اللقطة ماتدفع به عن نفسها : يعنى مايهلكها . كالقرن فى البقر وزيادة القوة فى البعير بكدمه ونفحه وكذلك فى الفرس . وقوله (فيقضى بالكراهة) أى كراهة الأخذ .

(قوله لأن التنرير إذا لم يكن فى ضمن عقد لايوجب شيئا) أقول : لعل المراد عقد المعاوضة (قوله فى البعير بكدمه ونفحه) أقول : الكدم العض بادنى الفم ، والنفح بالحاء المهملة : الضرب بالرجل .

(وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه ، فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها) لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وإن لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة (وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن فى ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها) لأنه نصب ناظرا وفى هذا نظر من الجانبين ، قالوا : إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر مايرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر فى الإنفاق مدة مديدة. قال رضى الله تعالى عنه : وفى الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصبا فى يده فلا يأمر فيه بالإنفاق وإنما يأمر به فى الوديعة فلابد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء.

(فإذا رفع إلى الحاكم فإن كان للبهيمة منفعة) وثم من يستأجرها (آجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين على ملك مالكها بلا إلزام دين عليه ، وكذا يفعل بالعبد الآبق وإن لم تكن لها منفعة) أو لم يجد منه من يستأجرها (وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة) فإن الثمن يقوم مقام العين إذ يصل به إلى مثله فى الجملة (وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن) له (فى ذلك وجعل النفقة دينا عليه) إذ (فيه نظر من الجانبين) جانب المالك بإبقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ : إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر مايرجى أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة للعين معنى ، بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها ، ولا نظر فى ذلك أصلا بل ينبغى أن لاينفذ من القاضى ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر ، وإذا باعها أعطى الملتقط من ثمنها ما أنفق فى اليومين أو الثلاثة ، لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضى ، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ، وللقاضى أن يعينه عليه ، ولو باعها بغير أمر القاضى لاينفذ ويتوقف على إجازة المالك ، فإن جاء وهى قائمة فى يد المشترى فإن شاء أجاز البيع وإن شاء أبطله وأخذها من يده ، وإن جاء وهى هالكة فإن شاء ضمن المشترى قيمتها وإن شاء ضمن البائع ، فإن ضمن البائع نفذ البيع لأنه ملك اللقطة من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة (وفى الأصل) يعنى المبسوط (يشترط البينة) فإنه قال : فإن كان رفعها إلى القاضى وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق وصححه المصنف (لأنه يحتمل أنه غصبها ، ولا يأمر بالنفقة إلا فى الوديعة) وهذه البينة (لكشف الحال) أى لينكشف للقاضى أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج إلى خصم له ، ذكره فى المبسوط . وفى الذخيرة :

وقوله (وفى هذا نظر من الجانبين) أى من جانب المالك بإبقاء عين ماله ، ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة . وقوله (فإذا لم يظهر يأمره ببيعها) قيل فإذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضى من ذلك الثمن ما أنفق بأمره فى اليومين والثلاثة لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضى فيعينه على أخذ حقه ؛ لأن الغريم إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكان للقاضى أن يعينه على ذلك . وقوله (وفى الأصل شرط إقامة البينة) يعنى أن الملتقط يقيم البينة على أن هذه الدابة لقطة عنده . فإن قيل : البينة إنما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود هنا . أجاب بقوله (وليست تقام للقضاء) أى هذه البينة تقام

(قال المصنف : وكذا يفعل بالعبد الخ) أقول : قال الإتقانى : أى يؤجر الآبق وينفق عليه من أجرته . قال فى خلاصة الفتاوى : لو احتاجت اللقطة إلى النفقة ينفق بأمر القاضى ، والأولى أن يأمره القاضى بأن يؤجر البعير والثور فينفق عليه من غلته . ثم قال : والعبد الضال كذلك ، ثم قال : والآبق لايؤاجر ، فإن تطاولت المدة فالأولى أن يبيعه انتهى . وعلله فى المحيط بأنه لا يأمن أن يأبق ثانيا (قال المصنف : فلا بد من البينة لكشف الحال الخ) أقول : فاندفع به مايقال البينة لاتقبل من غير خصم حاضر ، فإن اشتراط الخصم فى البينة يقام

وإن قال لابينة لى يقول القاضى له أنفق عليه إن كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك إن كان صادقا ، ولا يرجع إن كان غاصبا . وقوله فى الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعد ماحضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضى الرجوع على المالك، وهذه رواية وهو الأصح . قال (وإذا حضر) يعنى (المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لأنه حى بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع ؛ وأقرب من ذلك رادّ الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ، ثم لايسقط دين النفقة بهلاكه فى يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن .

الإمام خصم فيها عن صاحبها (وإن قال) الملتقط (لابينة لى يقول له أنفق عليها إن كنت صادقا) وفى الذخيرة : يقول له ذلك بين يدى الثقات بأن يقول أمرته بالبيع أو الإنفاق إن كان الأمر كما قال (وقوله فى الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها) إشارة إلى أنه إنما يرجع (إذا شرط القاضى) ذلك (وهذا رواية وهو الأصح) وقيل يرجع بمجرد أمره ، وقد مر فى اللقيط (وإذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حى بنفقته فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه المبيع . وأقرب من ذلك رادّ الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة بهلاكه فى يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس كالرهن) من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل ، ولو هلك قبل الحبس لايسقط عن الموكل ، ولو هلك بعده سقط لأنه كالرهن بعد اختيار الحبس ، هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين فى الكافى أيضا ، فيفهم أنه المذهب . وجعل القدورى هذا قول زفر . قال فى التقريب : قال أصحابنا : وأنفق على اللقطة بأمر القاضى وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لأنها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها : أى العين عقد يوجب الضمان . وصرح فى الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال : لو أنفق الملتقط على اللقطة بأمر الحاكم وحبسها ليأخذ ما أنفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر . وحاصل الوجه المذكور فى التقريب نفى الحكم : أعنى السقوط لعدم دليل السقوط ، فإن الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها إذ لم يتناولها عقد الرهن . والمصنف أوجد الدليل وهو الإلحاق بالرهن وإن لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت . وأما مانقل عن أبى يوسف أنه

لاستكشاف الحال بأنه لقطة لاللقضاء على المدعى عليه . وقوله (وإن قال لابينة لى) أى الملتقط قال لابينة لى على أنها لقطة عندى ولكنها لقطة يقول القاضى للملتقط أنفق عليها إن كنت صادقا فيما قلت ، وإنما يقول بهذا الترديد حذرا عن لزوم أحد الضررين ، لأنه لو أمر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ، ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد أنفق عليها . وقوله (إذا شرط القاضى الرجوع على المالك) متصل بقوله إنما يرجع : أى إنما يرجع الملتقط على المالك إذا شرط القاضى الرجوع على المالك ، وهذه هى الرواية التى ذكرناها فى مسائل اللقيط بقوله والأصح أن يأمر القاضى الملتقط بالإنفاق على أن يكون دينا على اللقيط ، فحينئذ يرجع على اللقيط وإلا فلا ، فهذا احتراز عن قول بعض أصحابنا إن مجرد أمر القاضى بالإنفاق عليه يكفى للرجوع . قال (وإذا حضر : يعنى المالك) كلامه ظاهر . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه حىّ بنفقته ، يقال

— القضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضى للملتقط) أقول : يعنى عند الثقات (قوله إشارة إلى قوله لأنه حى بنفقته الخ) أقول : فيه تأمل بل هو إشارة إلى قوله كأنه استفاد الملك من جهته .

قال (ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعى : يجب التعريف فى لقطة الحرم إلى أن يجىء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم « ولا يحل لقطتها إلا لمنشدها » ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة » من غير فصل ولأنها لقطة ، وفى التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما فى سائرها ، وتأويل ما روى أنه لايحل الالتقاط إلا للتعريف ، والتخصيص بالحرم لبيان أنه لايسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا .

ليس له حبسها أصلا فأبلغ (قوله ولقطة الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول . وفى قول يعرّفها أبدا حتى يجىء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه « لما فتح الله مكة قام النبى صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال : إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنها لم تحل لأحد قبلى وإنما أحلت لى ساعة من نهار ، وإنها لاتحل لأحد بعدى ، لاينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد » الحديث . المنشد : المعرف ، والناشد : الطالب ، قال المثقب :

يسيخ للنبأة أسماعه إساخة المنشد للناشـــد

ويروى يصيخ وهو بمعناه . فالفعل من الأول أنشد الضالة ينشدها ، وأنشدها إنشادا : إذا أعرفها ، ومن الثانى نشدتها أنشدها نشدا ونشدانا بكسر النون : إذا طلبتها (ولنا إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) فى حديث زيد بن خالد الجهنى وغيره « وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عفاصها) أى وعاءها من جلد أو خرقة ونحوها (ووكاءها) أى رباطها الذى شدت به وعرّفها سنة وتقدم ، فإما أن يقضى العام على الخاص وإما أن يتعارضا فيحمل كل على محمل وهو أولى ، لكن لاتعارض لأنه معناه : لايحل الالتقاط إلا لمن يعرّف ولايحل لنفسه . وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر إباحته ، فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد فى وجوب

نشدت الضالة : أى عرفتها ، وأنشدتها : أى طلبتها . ومعنى الحديث الذى ذكره الشافعى رحمه الله : « لاتحل لقطة مكة إلا لمنشدها » أى طالبها ، وهو المالك عنده والمعرف عندنا العفاص وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد أوخرقة أوغير ذلك ، والوكاء الرباط ، يقال أوكى السقاء : شده بالوكاء وهو الرباط الذى يشد به . وقوله (إبقاء ملك المالك من وجه) يعنى من حيث تحصيل الثواب (فيملكه كما فى سائرها) أى فى سائر اللقطات (وتأويل ماروى) من قوله عليه الصلاة والسلام « لاتحل لقطتها إلا لمنشدها » أى لايحل التقاطها إلا للتعريف . فإن قيل ماوجه تخصيص هذا المعنى بالحرم ؟ أجاب بقوله (والتخصيص بالحرم) وبيانه أن مكة شرفها الله تعالى مكان

(قوله يقال نشدت الضالة أى عرفتها) أقول : فى الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدة ونشدانا : أى طلبتها ، وأنشدتها : أى عرفتها . وأما قول أبى دواد :

ويصيخ أحيانا كما اســ ـتمع المضل لصوت ناشد

فهو المعرف هاهنا ، ويقال هو الطالب لأن المضل يشتهى أن يجد مضلا مثله ليتعزى به اهـ . فى تقرير الشارح قصور لايخفى ، وقوله والمعرف عندنا لايلائم لما سبق حيث لم يبين فى الإنشاد معنى التعريف (قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم « ولا تحل لقطتها إلا لمنشدها ») أقول : معناه على الدوام وإلا لم تظهر فائدة التخصيص (قال المصنف : لايحل الالتقاط إلا للتعريف) أقول : فى الحديث حذف المضاف .

(وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة ، فإن أعطى علامتها حلّ للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك فى القضاء) . وقال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى : يجبر ، والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها . لهما أن صاحب اليد ينازعه فى اليد ولا ينازعه فى الملك ، فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ، ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه . ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام « فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه » وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى » الحديث

التعريف ، وقد ثبت فى صحيح مسلم « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج » . قال ابن وهب : يعنى يتركها حتى يجىء صاحبها ، ولا عمل على هذا فى هذا الزمان لفشوّ السرقة بمكة من حوالى الكعبة فضلا عن المتروك . والأحكام إذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيته معه علم انقطاعها ، بخلاف العلم بشرعيتها لسبب إذا علم انتفاؤه ، ولا مفسدة فى البقاء فإنه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع فى الطواف لإظهار الجلادة (قوله وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة ، فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء . وعند مالك والشافعى) وأحمد (يجبر) وإعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب فى ذلك . والحق أن قول الشافعى كقولنا ، والموجب للدفع مالك وأحمد ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم فى حديث أبىّ بن كعب « عرّفها ، فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطه إياها وإلا فاستمتع بها » وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهنى وفيه « فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها ووكاءها وعددها فأعطها إياه وإلا فهى لك » وأيضا (فإن صاحب اليد) وهو الملتقط (إنما ينازعه فى اليد لا فى الملك) لأنه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه ؛ فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفى الوصف المطابق ذلك فاكتفى به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) حتى أن غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أنا أبحنا له الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذى رووه على أن الأمر فيه للإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ويأتى إن شاء الله تعالى فى الدعوى ،

الغرباء ، لأن الناس يأتون إليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع إليها ، فالظاهر أنها للغرباء لا يظن عودهم فى سنة وأكثر فينبغى أن يسقط التعريف لعدم الفائدة ، فأزال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله « لا يحل رفع لقطتها إلا لمعرّفها » كما هو الحكم فى غيرها من البلاد . وقوله (لهما) أى لمالك والشافعى رحمهما الله ، حاصله أن الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفى فى الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج إلى إقامة البينة (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) بدليل وجوب الضمان فى غصب المدبر باعتبار إزالة اليد لأنه غير قابل للنقل ملكا . وقوله (وهذا) أى هذا الحديث الأمر فيه وهو قوله فادفعها (للإباحة) أى وجب حمله على الإباحة (لأجل العمل بالمشهور) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فإنه لو لم يحمل على الإباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك . ولقائل أن يقول : الحمل على الإباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرفع أيضا ، لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز . والجواب أن الشافعى رحمه الله تعالى لم يقل

(قال المصنف : العلامة) أقول : أى إعطاء العلامة على حذف المضاف(قوله لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز) أقول : ذلك عندنا فى النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض (قوله والجواب أن الشافعى الخ) أقول: وفيه أنه لابد لنا من المخلص عن ذلك على رأينا فما هو ؟

ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا ، وهذا بلا خلاف ، لأنه يأخذ الكفيل لنفسه ، بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده . وإذا صدّق قيل لايجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه . وقيل يجبر لأن المالك هاهنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ،

والمدعى هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ، ثم إذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا . قال المصنف (وهذا بلا خلاف ، لأنه يأخذ الكفيل لنفسه ، بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لايؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده ، وعندهما يؤخذ . والفرق لأبى حنيفة أن حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيجىء ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فإن حق الحاضر معلوم ثابت ، وكون غيره أيضا له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم ، وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لايأخذ كفيلا وهو الصحيح . وذكر فى جامع قاضيخان أن فيه روايتين ، والصحيح أنه لايأخذ . وأورد على المصنف أنه نفى الخلاف فى التكفيل فى اللقطة . وقال فى فصل القضاء بالمواريث فيه : أى فى أخذ الكفيل عند رفع اللقطة روايتان ، والأصح أنه على الخلاف . على قول أبى حنيفة لايأخذ وعلى قولهما يأخذ ، هذا إذا دفعه بمجرد العلامة ، فإن صدقه مع العلامة أو لامعها فلا شك فى جواز دفعه إليه ، لكن هل يجبر ؟ قيل يجبر كما لو أقام بينة ، وقيل لايجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع لايجبره القاضى على دفعها إليه ، ودفع بالفرق (بأن المالك هنا غير ظاهر) أى المالك الآخذ لهذه اللقطة التى صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر ، والمودع فى مسئلة الوديعة مالك ظاهر ، وإنما أقرّ للحاضر بحق قبضها وإقراره بحق قبض ملك الغير لايلزمه إقباضه لأنه إقرار على ملك غيره ، وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة أنها له إن كانت قائمة فى يد المدعى قضى له بها وهو ظاهر ، وإن كان هالكا خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط ، فإن ضمن القابض لايرجع على أحد ، وإن ضمن الملتقط فنى رواية لايرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد فيما إذا كان الدفع بتصديقه ، وفى رواية يرجع وهو الصحيح .

بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب ، والمصنف رحمه الله تعالى هاهنا فى مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلزمه الخصم . وقوله (بخلاف الكفيل لوارث غائب عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإنما ورد الضمير عليه وإن لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة ، هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة ، أما إذا دفعها بإقامة الحاضر البينة على أنها له فنى أخذ الكفيل عنه روايتان ، والصحيح أنه لايأخذ كفيلا . وقوله (لأن المالك هاهنا غير ظاهر) يعنى فجاز أن يكون المالك هو الذى حضر ، فلما أقر الملتقط بأنه هو المالك كان إقراره ملزما للدفع إليه (وأما المودع فإنه مالك ظاهرا) فبالإقرار بالوكالة لايلزمه الدفع إليه لأنه غير مالك بيقين ، ثم فى الوديعة إذا دفع إليه بعد ماصدّقه وهلك فى يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشىء وهاهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك فى زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع فى قبضه له بأمره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم فى تضمينه إياه ، ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره ، وهاهنا فى زعمه أن القابض عامل لنفسه

(قوله قال المصنف وهذا بلا خلاف) أقول : قال الإتقانى : وقال فى فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان . والأصح أنه على الخلاف على قول أبى حنيفة لايأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه ، ونفى الخلاف هنا مع إثباته فى فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية انتهى . قال الشارح أكمل الدين : هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة ، أما إذا دفعها بإقامة الحاضر البينة على أنها له فنى أخذ الكفيل عنه روايتان ، والصحيح أنه لايأخذ كفيلا انتهى ، فاندفع التناقض .

ولا يتصدق باللقطة على غنى لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام « فإن لم يأت » يعنى صاحبها ، « فليتصدق به » والصدقة لاتكون على غنىّ فأشبه الصدقة المفروضة (وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها) وقال الشافعى : يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أبىّ رضى الله عنه « فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها » وكان من المياسير ، ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه . ولنا مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه ، أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصل ، والغنىّ محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف ، والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها

وجه قول أحمد أن الملتقط اعترف بأنه مالكها وصاحب البينة ظالمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لايرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم فى تضمينه . ولنا أنه وإن صدقه فى الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعى بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضى فبطل إقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق ، ثم ظهر الأمر بخلافه وصار كإقرار المشترى بالملك للبائع إذا استحقه غيره ببينة فقضى له به يرجع على البائع ، ومثل هذا يجرى فى إقراره بأنه وكيل المودع . والذى فرق به فى المبسوط أن فى زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع فى قبضه له بأمره وليس بضامن ، بل المودع ظالمه فى تضمينه إياه ، ومن ظلم لايظالم غيره موهنا فى زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله ولا يتصدق باللقطة على غنى لأن المأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم « فإن لم يأت : يعنى صاحبها ، فليتصدق به » والصدقة لاتكون على غنىّ فأشبه الصدقة المفروضة) والحديث الذى ذكره هو مارواه البزار فى مسنده والدارقطنى عن يوسف بن خالد السمتى : حدثنا زياد بن سعد عن سمىّ عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : لاتحلّ اللقطة ، فمن التقط شيئا فليعرّفه سنة ، فإن جاء صاحبه فليؤدّه إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ، فإن جاء فليخيره بين الأجر وبين الذى له » وفيه يوسف بن خالد السمتى . وليس للملتقط إذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض إلا بإذن الإمام ، وإن كان فقيرا فله أن يصرفها إلى نفسه صدقة لا فرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ، ولهذا جاز دفعها إلى فقير غير الملتقط وإن كان أبا الملتقط أو ابنه أو زوجته (وإن كان الملتقط غنيا لما ذكرنا) من تحقيق النظر من الجانبين . وقال الشافعى : له أن يتملكها وإن كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر إلى إذن الإمام (لقوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فاستمتع بها » قالوا (وأبىّ كان من المياسير) بدليل مافى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال « وإلا فهى كسبيل مالك » فقد جعل له مالا ، قلنا : هذه الرواية ليس فيها أن الخطاب لأبىّ ، فإنها كما فى مسلم عن أبىّ بن كعب رضى الله عنه

وأنه ضامن بعد ماثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا ، كذا فى المبسوط . وقوله (وكان من المياسير) أى الأغنياء جمع الميسور ضد المعسور . وقوله (حملا له على رفعها) أى ليكون حاملا وباعثا على رفعها) وقوله (لإطلاق النصوص) يريد به قوله تعالى ـ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ـ الخ ، وقوله تعالى ـ ولا تعتدوا ـ وقوله ـ فمن اعتدى عليكم ـ (قوله والإباحة للفقير لما رويناه) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام « فليتصدق به » (قوله والغنىّ محمول على الأخذ) جواب عن قوله ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها) .

وانتفاع أبيّ رضى الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه (وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره (وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا) لما ذكرنا ، والله أعلم .

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى اللقطة « عرّفها سنة ، فإن جاء أحد ، إلى أن قال : فهى كسبيل مالك » وظاهر هذا أنه يحكى قوله لسائل يسأله ، وجاز كون ذلك كان فقيرا . ثم هنا مايدل على فقر أبيّ فى زمنه صلى الله عليه وسلم ، وهو ما فى الصحيحين عن أبى طلحة « قلت : يا رسول الله إن الله تعالى يقول ـ لن تنالوا البرّ حتى تنفقوا مما تحبون ـ وإنّ أحبّ أموالى إلىّ بيرحاء ، فما ترى يارسول الله ؟ فقال : اجعلها فى فقراء قرابتك ، فجعلها أبو طلحة فى أبيّ وحسان » وهذا صريح فى أن أبيا كان فقيرا ، لكنه يحتمل أنه أيسر بعد ذلك ، إلا أن قضايا الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال . وأما ما فى حديث زيد بن خالد « جاء رجل يسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال : اعرف ، إلى أن قال وإلا فشأنك بها » وفى رواية « فهى لك » فهو أيضا من قضايا الأحوال المتطرق إليها الاحتمال ، إذ يجوز كون السائل فقيرا ، ولو سلم أن الخطاب لأبيّ لايخرج عن قضايا الأحوال ذات الاحتمال ، إذ المال لايلزم كونه نصابا ، وكونه خاليا عن الدين لو كان نصابا فجاز كونه أقل من نصاب ، وكونه مديونا . قالوا : لو كانت اللقطة لاتحل للملتقط إلا بطريق الصدقة فيمتنع إذا كان غنيا لما أكلها على رضى الله عنه وهو لاتحل له الصدقة ، وقد أمره صلى الله عليه وسلم بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد « أن علىّ بن أبى طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال : مايبكيكما ؟ قالت : الجوع ، فخرج علىّ رضى الله عنه فوجد دينارا بالسوق ، فجاء فاطمة فأخبرها فقالت : اذهب إلى فلان اليهودى فخذ لنا دقيقا ، فجاء اليهودى ، فقال اليهودى : أنت ختن هذا الذى يزعم أنه رسول الله ؟ قال : نعم ، قال : فخذ دينارك والدقيق لك ، فخرج علىّ فأخبر فاطمة فقالت : اذهب إلى فلان الجزار وخذ لنا بدرهم لحما ، فذهب فرهن الدينار بدرهم بلحم ، فعجنت وخبزت وأرسلت إلى أبيها فجاء ، فقالت : يارسول الله أذكر لك فإن رأيته حلالا لنا أكلناه ، من شأنه كذا وكذا ، فقال : كلوا باسم الله ، فأكلوا فبينما هم مكانهم إذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم به فدعى فسأله فقال : سقط منى فى السوق ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ياعلىّ اذهب إلى الجزار فقل له إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك : ارسل إلىّ بالدينار ودرهمك علىّ ، فأرسل به فدفعه صلى الله عليه وسلم إلى الغلام » قلنا : هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه إنفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه . وقول المنذرى : ولعل تأويله أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فمراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ملإ من الخلق إعلان به ، وهذا يؤيد الاكتفاء فى التعريف بمرة غير ظاهر فإنه لم يذكر له ذلك إلا بعد أن اشتروا وخبزوا وأحضروه صلى الله عليه وسلم على الأكل . نعم يجب الحكم بأن عليا عرّفه قبل

(قوله وانتفاع أبيّ) جواب عن استدلاله بحديث أبيّ رضى الله عنه. وقوله (وهو جائز) أى الانتفاع للغنى جائز بإذن الإمام لأنه فى محل مجتهد فيه . وقوله (لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين) يعنى نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، والله أعلم .

(قال المصنف : وهو جائز بإذنه) أقول : قال الإتقانى : أى الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز عند الغنى بإذن الإمام على وجه يكون قرضا لوقوعه فى محل مجتهد فيه ، فإن الانتفاع للغنى يجوز عند الشافعى انتهى ، وفيه بحث (قوله أى الانتفاع للغنى ، إلى قوله : فى محل الخ) أقول : فيه بحث : فإن خلاصة استدلال الشافعى أنه لو لم يجز أن ينتفع بها الغنى لما أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبى بن كعب رضى الله عنه به إذ هو مبعوث لبيان الشرائع ، ولا جواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لابتناء إجازته عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الأمة فليتأمل .

كتاب الإباق

(الآبق أخذه أفضل فى حق من يقوى عليه)

أن يأتى به فاطمة وإن لم يذكر. وقد رواه عبد الرزاق وإسحاق بن راهويه والبزار وأبو يعلى الموصلى ، وفيه « أنه أتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عرّفه ثلاثة أيام ، فعرفه فلم يجد من يعرفه ، فرجع فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : شأنك به » وفيه دليل لمختار شمس الأئمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم . بل إلى أن تسكن نفسه إلى أن طالبه قطع نظره عنه . وفى سنده أبو بكر بن عبد الله ، قال البزار على الظن : هو عندى أبو بكر بن عبد الله بن أبى سبرة وهو لين الحديث ، وقال عبد الحق : هو متروك . والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب ، لأن ما فى الرواية الأولى من أنهم إنما أعلموه بعد أن اشتروا وصار مهيئا للأكل يناقض ما فى الثانية من أنه أعلمه فأمره بتعريفه ثم أمره بأخذه . وفى الأولى أنه دفع عينه للمنشد . وفى الثانية «أنه جعله دينا عليه وقال : إذا جاءنا أديناه إليك » وغير ذلك ، والاضطراب موجب للضعف . ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به أن استقراضه بإذن الإمام جائز ، وليس هذا محل النزاع كما تقدم ، فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغنى ، فلو سلمنا ضعف حديث أبى هريرة فى الصدقة بناء على تضعيف السمتى كفانا جواز التصدق بالإجماع ، ثم هو يثبت أن للملتقط الغنى فيها حكما آخر ، ونحن نطالبه فى إثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء .

كتاب الإباق

كل من الإباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف ، إلا أن التعرف له بفعل فاعل مختار فى الإباق فكان الأنسب تعقيب الجهاد به ، بخلاف اللقطة واللقيط ، وكذا الأولى فيه . وفى اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب. والإباق فى اللغة : الهرب ، أبق يأبق كضرب يضرب ، والهرب لا يتحقق إلا بالقصد فلا حاجة إلى ماقيل هو الهرب قصدا . نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضالّ ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق إليه (قوله الآبق أخذه أفضل) من تركه (فى حق من يقوى عليه) أى يقدر على حفظه حتى يصل إلى مولاه ، بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم فى هذا خلاف ، ويمكن أن يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة

كتاب الإباق

قال صاحب النهاية رحمه الله : هذه الكتب ، أعنى اللقيط واللقطة والإباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضا من حيث أن فى كل منها عرضة الزوال والهلاك . والإباق : هو الهرب ، والآبق : هو الهارب من مالكه قصدا (والآبق أخذه أفضل فى حق من يقوى) أى يقدر (عليه

كتاب الإباق

لما فيه من إحيائه ، وأما الضالّ فقد قيل كذلك ، وقد قيل تركه أفضل لأنه لايبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به إلى السلطان لأنه لايقدر على حفظه بنفسه ، بخلاف اللقطة ، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه ، ولو رفع الضالّ لايحبسه لأنه لايؤمن على الآبق الإباق ثانيا ، بخلاف الضالّ . قال (ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما ، وإن ردّه لأقل من ذلك فبحسابه) وهذا استحسان . والقياس أن لايكون له شىء إلا بالشرط وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضالّ .

عليه فيجب أخذه وإلا فلا . واختلف فى أخذ الضالّ ، قيل أخذه أفضل لما فيه من إحياء النفوس والتعاون على البرّ (وقيل تركه أفضل لأنه لايبرح مكانه) منتظرا لمولاه حتى يجده ، ولا يخفى أن انتظاره فى مكان غير متزحزح عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين . لاشك فى أن محل هذا الخلاف إذا لم يعلم واجد الضالّ مولاه ولا مكانه ، أما إذا علمه فلا ينبغى أن يختلف فى أفضلية أخذه وردّه (قوله ثم آخذ الآبق يأتى به إلى السلطان) أو القاضى فيحبسه منعا له عن الإباق لأنه لايستطيع حفظه عن إباقه من الأخذ إلا بذلك عادة ، بخلاف اللقطة . أما لو فرض قدرته على ذلك لايحتاج إلى السلطان . وبهذا الاعتبار خيره الحلوانى بين أن يأتى به إلى السلطان أو يحفظه بنفسه ، وعلى هذا الضالّ والضالة من الإبل وغيرها . وإذا حبس الإمام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق إلى الآن فى ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة ، فإذا حلف دفعه إليه . وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لايعلمونه . وإنما يستحلفه مع عدم خصم يدعى لصيانة قضائه عن الخطإ ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له ، ثم إذا دفعه إليه عن بينة ففى أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان ، وكما يدفعه بالبينة يدفعه بإقرار العبد أنه له ، ويأخذ من المدفوع إليه هنا كفيلا رواية واحدة ، وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده فى بيت المال ، بخلاف اللقيط لايؤخذ منه إذا كبر مال بيت المال لأنه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب ، بخلاف مالك العبد . وإذا لم يجىء للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضى وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه ، فإذا جاء مالكه وأقام بينة وهو قائم فى يد المشترى لايأخذه ولاينتقض بيع القاضى لأنه كحكمه ، بخلاف الضالّ إذا طالت مدته فإنه يؤاجره وينفق عليه من أجرته لأنه لايخشى إباقه فلا يبيعه ، أما الآبق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره . وينبغى أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم فى الضالة الملتقطة لأن دارة النفقة مستأصلة ، ولا نظر فى ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة بوزن سبعة مثاقيل (وإن ردّه لأقل) من مسيرة سفر (فبحسابه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لايكون له شىء إلا بالشرط) بأن يقول من ردّ علىّ عبدى فله كذا كما إذا ردّ بهيمة ضالة أو عبدا ضالا . وجه القياس أن الرادّ تبرع

لما فيه من إحيائه) إذ الآبق هالك فى حق المولى فيكون الرد إحياء له (وأما الضالّ) هو الذى لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد فقيل إنه كذلك ، وقيل تركه أفضل لأنه لايبرح مكانه فيجده المالك ، ولا كذلك الآبق ، ثم آخذ الآبق يأتى به إلى السلطان لأنه لايقدر على حفظه بنفسه) وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسى ، وأما اختيار شمس الأئمة الحلوانى فهو أن الرادّ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام ، وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار . وقوله (ثم إذا دفع الآبق إليه يحبسه) ظاهر .

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها ، فأوجبنا الأربعين فى مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ،

بمنافعه فى ردّه ، ولو تبرع بعين من أعيان ماله لايستوجب شيئا فكذا هذا . وقولنا قول مالك وأحمد فى رواية . قال المصنف فى وجه الاستحسان (ولنا إجماع الصحابة على أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب الأربعين ومنهم من أوجب ما دونها) وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لايخفى فلم ينكره أحد . وذلك أن محمدا رحمه الله روى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبى عمرو الشيبانى قال : «كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود ، فجاء رجل فقال : إن فلانا قدم بإباق من الفيوم ، فقال القوم لقد أصاب أجرا ، قال عبد الله : وجعلا إن شاء الله من كل رأس أربعين» . وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا ، وروى عبد الرزاق فى مصنفه قال : أخبرنا سفيان الثورى عن أبى رباح عبد الله بن رباح عن أبى عمرو الشيبانى قال : «أصبت غلمانا أباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال : الأجر والغنيمة ، قلت هذا الأجر فما الغنيمة ؟ قال : أربعون درهما من كل رأس.» وروى ابن أبى شيبة : حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبى العلاء عن قتادة وأبى هاشم أن عمر رضى الله عنه قضى فى جعل الآبق أربعين درهما . وروى أيضا عن وكيع : حدثنا سفيان عن أبى إسحاق قال «أعطيت الجعل فى زمن معاوية أربعين درهما» . وروى أيضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب «أن عمر رضى الله عنه جعل فى جعل الآبق دينارا أو اثنى عشر درهما» . وروى أيضا عن يزيد ابن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبى عن الحرث عن علىّ رضى الله عنه «أنه جعل فى جعل الآبق دينارا أو اثنى عشر درهما» وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى العبد الآبق يوجد فى خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم» . وهذا حديث مرفوع مرسل . والمفهوم من خارج الحرم فى المتبادر القرب لاقدر مسيرة سفر عنه ، وعن هذا روى عمار «إن أخذه فى المصر فله عشرة ، وإن أخذه خارج المصر فله أربعون» ، لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد . وقول المصنف (إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب دونها) يريد المروى عن عمر وعلىّ ، وقد علمت الرواية عن عمر أيضا أن الجعل أربعون ، وسنده أحسن من الأخرى ، والرواية عن علىّ مضعفة بالحرث المذكور . فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها ، وكذا قول البيهقى فى سننه : هو أمثل ما فى الباب ، وإنما يؤخذ بالأقل إذا ساوى الأكثر فى القوة . وقيل إنما يؤخذ به إذا لم يمكن التوفيق بين الأقاويل ، وهنا يمكن إذ تحمل روايات الأربعين على ردّه من مسيرة السفر وروايات الأقل على ما دونها ، ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفقت الثوب ألفقه : إذا ضممت

وقوله (ولنا أن الصحابة رضى الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) قال عمر رضى الله عنه فى جعل الآبق : دينار أو اثنا عشر درهما . وقال علىّ رضى الله عنه فى جعل الآبق دينار وعشرة دراهم . وقال ابن مسعود رضى الله عنه : أربعون درهما . وقال عمار بن ياسر رضى الله عنه : إن ردّه فى المصر فله عشرة دراهم ، وإن رده فى خارج المصر استحق أربعين (فأوجبنا الأربعين فى مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا) أى جمعا بين الروايات المتعارضة . فإن قيل : كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير لتيقنه . أجيب بأنه لم يؤخذ بالأقل لأن التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقل على ما إذا رده مما دون مسيرة السفر ، وقول من أفتى بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة السفر ، وهذا أولى

(قوله أى جمعا بين الخ) أقول : أى بقدر الإمكان .

ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع فى الضال فامتنع ، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لأنه لايتوارى والآبق يختفى ، ويقدر الرضخ فى الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأى القاضى وقيل تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هى أقل مدة السفر . قال (وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهما) قال رضى الله عنه : وهذا قول محمد . وقال أبو يوسف رحمهما الله : له أربعون درهما . لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا

شقه إلى شقه ، ولأن نصب المقادير لايعرف إلا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع ، وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح . ولا يخفى ما فى هذا (ولأن إيجاب أصل الجعل حامل على الرد إذ الحسبة) وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الراجعة إلى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل) إنما يدرى (بالسمع ولا سمع فى الضال فامتنع) إلحاقه به قياسا ودلالة أيضا لأن الحاجة إلى صيانة الضال فى رده دونها فى رد الآبق لما فى رده من زيادة التحفظ فى حفظه والاحتياط فى مراعاته كى لايأبق ثانيا مما ليس فى رد الضال منه شىء ، ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب ، فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لأنه مضطر فيما يعطيه لأنه لايصل إلى نصيبه إلا به ، هذا كله إذا رده بلا استعانة ، فلو أن رجلا قال لآخر : إن عبدى قد أبق فإذا وجدته خذه فوجده فرده ليس له شىء ، لأن مالكه استعان به ووعده الإعانة والمعين لايستحق شيئا . وقوله (وما دونه فيما دونه) أى أوجبنا ما دون الأربعين فيما دون السفر ، وذلك لأنا لما عرفنا إيجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب ، فإذا حملنا بعضه على ما دون السفر كان ذلك حكما بالإيجاب فيما دون السفر ، لأنه ما ذكر ذلك إلا على أنه واجب (قوله ويقدر الرضخ فى الرد عما دون السفر باصطلاحهما) أى المالك والراد أو يفوض إلى رأى القاضى يقدره على حسب ما يراه ، قالوا : وهذا هو الأشبه بالاعتبار . وقال بعض المشايخ (تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثلث (قوله وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهما) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبى يوسف الأول كما قال أبو يوسف آخرا (له أربعون) وإن كانت قيمته درهما واحدا ، ولم يذكر قول أبى حنيفة فى عامة كتب الفقه ، وذكر فى شرح الطحاوى مع محمد وجه أبى يوسف (أن التقدير بها ثبت بالنص) أى قول ابن مسعود وعمر ووجب اتباعهما ، والمراد بالنص إجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول

لأنه يعمل بكل منهما . وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الآبق على الضال فى عدم وجوب الجعل . وفى قوله (ولأن الحاجة إشارة إلى نفى الإلحاق دلالة لأنها تقتضى التساوى بين الأصل والملحق وليس بموجود . وقوله (ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه ، فإن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم . قيل والأشبه التفويض إلى رأى الإمام .

(قال المصنف : ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة نادرة) أقول : المراد الحسبة المخصوصة فإن فيها من التعب والنصب ما لا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول : قوله والتقدير مبتدأ وقوله بالسمع خبره (قال المصنف : ولا سمع بالضال فامتنع) أقول : لا يقال هذا لايدل على امتناع إيجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأى إلى السلطان. لأنا نقول : هذا جواب عن قياس الشافعى ، وما ذكرته يندفع بقوله ولأن الحاجة الخ فتأمل (قال المصنف : إلى صيانة الآبق) أقول : قوله إلى فى قوله إلى صيانة الآبق الخ متعلق بالضمير فى دونها لكونها عبارة عن الحاجة .

لايجوز الصلح على الزيادة ، بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه . ومحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة ، وأم الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القن إذا كان الرد فى حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه ؛ ولو ردّ بعد مماته لاجعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القنّ ، ولو كان الرادّ أبا المولى أو ابنه وهو فى عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب .

من نقص منها على مانقص من السفر فلا ينتقص عنها (ولمحمد أن المقصود) من إيجاب الجعل (حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص) منه (درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة) أى فائدة إيجاب الجعل وتعيين الدرهم لأن مادونه كسور (وأم الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القنّ إذا كان الرد فى حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه) وبه تحيا ماليته له إما باعتبار الرقبة كما فى المدبر أو باعتبار الكسب كما فى أم الولد عنده لأنها لا مالية فيها عنده لكنه أحق بأكسابها (ولو ردّه بعد مماته لاجعل له فيهما لأنهما يعتقان بالموت) فيقع رد حر لا مملوك على مالكه ، وهذا فى أم الولد ظاهر ، وكذا المدبر إن كان يخرج من الثلث لأنه يعتق حينئذ بالموت اتفاقا وإن لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما ، وعند أبى حنيفة يصير كالمكاتب لأنه يسعى فى قيمته ليعتق ولا جعل فى رد المكاتب لأن المولى لايستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كرد غريم له وبرد غريم لايستحق شيئا ، بخلاف القن (قوله ولو كان الرادّ أبا المولى أو ابنه وهو فى عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلاجعل) له ، وقيد فى عياله إن رجع إلى الراد أو إلى الابن اقتضى أن يتقيد نفى الجعل إذا كان الراد ابنا بكونه فى عيال المالك : أى فى نفقته وتمونيه ، وهو غير صحيح لأن الابن لايستوجب جعلا سواء كان فى عيال أبيه المالك أولا ، وجملة الحال أن الراد إن كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصى لايستحق جعلا مطلقا ، أما الولد فلأن الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب ، وكالأجير من وجه لأنه من باب الخدمة ، والأب إذا استأجر ابنه ليخدمه لايستحق عليه أجرة لأن خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك ، وهذا يفيد عدم الوجوب ؛ وإن لم يكن فى عياله ، فإذا كان فى عياله فبطريق الأولى ، وأما أحد الزوجين فإنه كان زوجا فالقياس يجب ، وفى الاستحسان لايجب لأن العادة أن يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا فى العرف لأنه ينتفع به ، والثابت عرفا كالثابت نصا ، وإن

قوله (وأم الولد والمدبر فى هذا) أى فى وجوب الجعل (بمنزلة القن) لأنهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن ، وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لما فيه من إحياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من إحياء المالية ، لأن أم الولد لامالية فيها عند أبى حنيفة رحمه الله . وقوله (لأنهما يعتقان بالموت) بإطلاقه ظاهر فى أم الولد وفى حق المدبر الذى لاسعاية عليه ، وأما الذى عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لايستوجب الجعل على الورثة لأن المستسعى كالمكاتب عنده وحرّ مديون عندهما ، ولا جعل لرادّ المكاتب أو الحر (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو فى عياله) أى كل واحد منهما فى عياله ظاهر ، ولم يذكر جواب ما إذا لم يكونا فى عياله . والقياس أن يستحق كل من ذى الرحم المحرم الجعل إذا لم يكن فى عياله ، لكن استحسن فقيل إذا وجد عبد أبيه وليس فى عياله فلا جعل له لأن رد الآبق على أبيه من جملة الخدمة ، وخدمة الأب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك ، وأما إذا وجد الأب عبد ابنه وليس فى عياله فله الجعل لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب . وقوله (فلا يتناولهم إطلاق الكتاب) أى القدورى وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال

قال (وإن أبق من الذى رده فلا شيء عليه) لأنه أمانة فى يده لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه فى اللقطة . قال رضى الله عنه وذكر فى بعض النسخ أنه لاشيء له ، وهو صحيح أيضا لأنه فى معنى البائع من المالك ، ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وكذا إذا مات فى يده لاشيء عليه لما قلنا . قال (ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالإعتاق) كما فى العبد المشترى ، وكان إذا باعه من الراد لسلامة البدل له ، والرد وإن كان له حكم البيع.

كان زوجة فلا يجب لها ، ولأن الرد بجهة الخدمة يمنعها منه لأنها لاتستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ، ولهذا لو استأجرها لتخدمه لايجب لها شيء ؛ وأما الوصى فإنما لايستحق الجعل برد عبد اليتيم لأنه من الحفظ ، وشأن الوصى أن يحفظ ماله وإن كان غيرهم من الأب وباقى الأقارب ، فإن كانوا فى عيال المالك لايجب لهم شيء ، وإن لم يكونوا فى عياله وجب لهم لأن العادة والعرف أن الإنسان إنما يطلب الآبق بمن فى عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا ، بخلاف ما إذا لم يكونوا فى عياله لأن التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا (قوله وإن أبق من الذى رده فلا شيء عليه) أى لاضمان على الراد . وفى بعض نسخ القدورى : لاشيء له أى لا جعل للراد ، وكل منهما صحيح (وكذا إذا مات عنده) الا أن نفى الجعل يصح بلا شرط لأن الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك ، لأنه بإباقه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به ، وبالرد كأنه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل ، والبائع اذا هلك فى يده أو أبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل ، وانتفاء الضمان يشترط له أن يكون أشهد على قول أبى حنيفة ومحمد لأنه حينئذ صار أمانة عنده كما فى اللقطة . وقال أبو يوسف : لاضمان عليه أشهد أو لم يشهد إذا قال آخذته لأرده ، والقول قوله فى ذلك مع يمينه إذا علم أنه كان آبقا ، فلوأنكر المولى إباقه فالقول له لأن سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير إذنه ظهر من الراد ثم ادعى مايسقطه وهو إذن الشارع بإباقه والمالك منكر ، وكذا لايجب الجعل إذا جاء به وأنكر المولى إباقه إلا أن يشهد شهود أنه أبق من مولاه أو يشهدوا على إقرار المولى بإباقه (قوله ولو أعتقه المولى كما لقيه) أى رآه قبل قبضه (يصير بالإعتاق قابضا) فيجب الجعل (كما فى العبد المشترى) إذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن (وكذا إذا باعه المولى من الراد) أى قبل قبضه يصير به قابضا (لسلامة بدله) وهو الثمن له . فإن قيل : للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من

(وإن أبق من الذى رده) أى إذا أبق الآبق من الذى أخذه ليرده (فلا شيء عليه) أى لاضمان عليه لأنه أمانة فى يده (لكن هذا إذا أشهد) عند الأخذ ، وقد (ذكرناه فى اللقطة) أن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا . قال المصنف رحمه الله (وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ مختصر القدورى (لاشيء له) أى لا جعل للراد إذا أبق الآبق منه (وهو صحيح أيضا لأنه) أى الراد (فى معنى البائع من المالك) لأن عامة منافع العبد زالت بالإباق ، وإنما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه ، والبائع إذا هلك فى يده المبيع سقط الثمن ، فكذلك هاهنا يسقط الجعل ، واستوضح ذلك بما ذكره فى الكتاب وهو واضح (وكذا إذا مات فى يده فلا شيء عليه لما قلنا) إنه أمانة عنده (ولوأعتقه المولى) أى أعتقه قبل أن يقبضه (وقت لقائه صار قابضا بالإعتاق) فيجب عليه الجعل ، وأشار بقوله بالإعتاق الى أنه لودبر مكان الإعتاق لم يصر قابضا . والفرق بينهما أن الإعتاق إتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو أعتق المشترى العبد المشترى قبل القبض ، وأما التدبير فليس بإتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا إلا أن يصل إلى يده (وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له) وهذا بخلاف الهبة ، فإن المولى لايصير بها قابضا قبل الوصول إلى يده لأن فى الهبة قبل القبض لم يصل العبد إلى يد المولى ولا بدل له فلا يكون لها حكم القبض . وقوله والرد وإن

لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز . قال (وينبغى إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده) فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبى حنيفة ومحمد، حتى لو ردّه من لم يشهد وقت الأخذ لاجعل له عندهما لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فرده على مولاه لاجعل له لأنه رده لنفسه ، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع فى أداء الثمن (وإن كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لأنه أحيا ماليته بالرد وهى حقه، إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه، والرد فى حياة الراهن وبعده سواء، لأن الرهن لايبطل بالموت، وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقى على الراهن لأن حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء

الرادّ قبل قبضه بيع مالم يقبض وهو لايجوز . أجاب بقوله (لكنه بيع من وجه) لا من كل وجه (فلا يدخل تحت النهى) المطلق (عن بيع مالم يقبض فجاز). وأورد أن الشبهة ملحقة بالحقيقة فى الحرمات . أجاب بأن هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها، وهذا لأنه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لأنه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغى إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده) قال المصنف (فالإشهاد حتم فيه) أى فى أخذ الآبق (عليه) أى على الآخذ (على قول أبى حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بأنه واجب تساهل وإلا يلزم بتركه استحقاق العقاب، ونقطع بأنه إذا أخذه بقصد الرد إلى المالك واتفق أنه لم يشهد لاإثم عليه، وإنما الإشهاد شرط عندهما خلافا لأبى يوسف لاستحقاق الجعل ولسقوط الضمان إن مات عنده أو أبق (لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه) الرادّ (من الآخذ أو اتهبه) منه (فرده على مولاه لاجعل له لأنه رده لنفسه) لأنه بالشراء أو الاتهاب قاصد لتملكه ظاهرا فيكون غاصبا فى حق سيده فرده لإسقاط الضمان عن نفسه، وهذا معنى قوله ردّه لنفسه ، وكذا لو أوصى له به أو ورثه فى كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه ، فإذا رده لا جعل له لأنه لنفسه لأنه يسقط الضمان عن نفسه إلا أن يشهد عند الشراء من الآخذ أنه إنما اشتريته لأرده على مالكه لأنه لا يقدر على رده إلا بشرائه فحينئذ (يكون له الجعل) ولا يرجع على السيد بشىء من الثمن لأنه متبرع به كما لو أنفق عليه بغير إذن القاضى (قوله وإن كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لأن بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لأن الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية ، ألا ترى أن بالإباق سقط دين المرتهن كما بالموت ، وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فإن الدين يعود به (والرد فى حياة الراهن وموته سواء لأن الرهن لايبطل بالموت ، وهذا) أى كون الجعل على المرتهن (إذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل ، فإن كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن ، فما أصاب الدين على المرتهن وما بقى على الراهن ؛ مثلا الدين ثلاثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة ، وصار الجعل

كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل إن الرد فى معنى البيع من المالك ثم جوّز تم بيع المالك من الرادّ قبل أن يقبضه فيجب أن لايجوز لدخوله تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرير الجواب أن النهى عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والردّ ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث إعادة ملك التصرف إليه فقط ، لأن ملك الرقبة لايزول عن المولى بالإباق فلا يكون داخلا تحت النهى فيكون جائزا . وقوله (وينبغى إذا أخذه أن يشهد أنه أخذه ليرده) ظاهر . وقوله (فإن كان الآبق رهنا) سيأتى الكلام فيه فى الرهن إن شاء الله تعالى . وقوله (والجعل بمقابلة إحياء المالية) فيه نظر لأنه يلزمه إذا ردّ أم الولد وما ثمة إحياء المالية عند أبى حنيفة . وأجيب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة، ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيا الرادّ ذلك بردّه .

وتخليصه عن الجناية بالفداء ، وإن كان مديونا فعلى المولى إن اختار قضاء الدين ، وإن بيع بدئ بالجعل والباقى للغرماء لأنه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له ، وإن كان جانيا فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه ، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم ، وإن كان موهوبا فعلى الموهوب له ، وإن رجع الواهب فى هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ماحصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ، وإن كان لصبى فالجعل فى ماله لأنه مؤنة ملكه ،

كثمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء إن كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساما عليهما كذلك (قوله وإن كان مديونا) أى إن كان العبد الآبق مديونا بأن كان مأذونا فلحقه فى التجارة دين أو أتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لأنه مؤنة الملك ، والملك فى العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف ، إن اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لأن الملك استقر له ، وإن اختار بيعه فى الدين كان الجعل فى الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا إنه مؤنة الملك والباقى للغرماء ، فظهر أن قول المصنف (فيجب) أى الجعل على من يستقر له الملك تجوز فإنه لايجب على المشترى ، وكأنه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه (وإن كان) أى العبد (جانيا) أى جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى أبق فرده من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له إن اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته إليه ، فإن اختار الدفع إلى أولياء الجناية فعليهم لعودها إليهم ، ولو كان قتل عمدا فأبق ثم رد لا جعل على أحد ، أما المولى فلأنه إن قتل لم يحصل له بالرد منفعة ، وإن عفا عنه فإنما حصلت بالعفو . وأما ولى القصاص فإن قتل فالحاصل له التشفى لا المالية ، وإن عفا فظاهر (وإن كان موهوبا) فإن أبق ممن وهب له ثم رد (ف)الجعل (على الموهوب له) سواء رجع الواهب فى هبته بعد الرد أو لا ، أما إذا لم يرجع فظاهر ، وأما إن رجع بعد المجىء فلأنه وإن حصلت إله المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فى العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك . وأورد عليه أنه حصل بالمجموع من ذلك ، ومن الرد . أجيب بأن الترك آخر جزءى العلة وإليها يضاف الحكم . وأما الجواب بأنه إذا ثبت بالكل لايكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يقرره (وإن كان) الآبق (لصبى فالجعل فى ماله) لما تقدم (أنه مؤنة ملكه ،

(قوله وإن كان مديونا) أى العبد الآبق إذا كان مديونا بأن كان مأذونا له فلحقه الدين فى التجارة أو استهلك مال الغير وأقر به مولاه (قوله كالموقوف) يعنى بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع ، ولما توقف الملك فى العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل (قوله وإن كان) أى الآبق موهوبا فالجعل على الموهوب له وإن رجع الواهب فى هبته بعد الرد) وإنما ذكر أن الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ماذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى إن اختار الفداء ، فعلى كلا التقديرين كان ينبغى أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين فى حقه . ووجه الدفع (أن المنفعة للواهب ماحصلت بالرد) أى برد الآبق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع فى هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك . فإن قيل : المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد . أجيب بأنه كان كذلك ، لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودا فيضاف الحكم إليه كما فى القرابة مع الملك فيضاف العتق إلى آخرهما وجودا ، كذا هذا . وقوله (وإن كان لصبى إلى آخره) ظاهر وبالله التوفيق .

قوله (فعلى المولى إن اختار الفداء الخ) أقول : لعود المنفعة إليه .

وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذى يتولى الرد فيه .

كتاب المفقود

(إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحىّ هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) لأن القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبىّ والمجنون ، وفى نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له . وقوله يستوفى حقه لاخفاء أنه يقبض غلاته والدين الذى أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ، ويخاصم فى دين وجب بعقده

وإن رد وصيه فلا جعل له) وقد بيناه فى التقسيم . وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له ، لأنه إذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لايتبرع له بما هو دونه مع أن العرف فيه التبرع . وفى الكافى للحاكم : أبقت أمة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد ، فإن كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لأن من لم يراهق لم يعتبر آبقا . وفى الذخيرة والمحيط : لو أخذ آبقا فغصبه منه آخر وجاء به إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة أنه أخذه يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع إليه . ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد أبق من الأخذ فوجده آخر فرده إلى سيده ، إن جاء به من مدة السفر فالجعل له ، وإن وجده لأقل فجاء به لاجعل لواحد منهما . وفى المبسوط : لا جعل للسلطان والشحنة أو الخفير فى ردّ الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم ، والأولى أن يقال : لأخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له .

كتاب المفقود

هو الغائب الذى لايدرى حياته ولاموته (قوله إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحىّ هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه) أى على ماله (ويستوفى حقوقه لأن القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبى والمجنون) فعلى القاضى أن يفعل فى أمرهم ماذكرنا لما ذكرنا (وقوله) أى قول القدورى (يستوفى حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذى أقرّ به غريم ويخاصم فى دين وجب بعقده

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا ، والمفقود مشتق من الفقد وهو فى اللغة من الأضداد ، يقال فقدت الشىء : أى أضللته ، وفقدته : أى طلبته ، وكلا المعنيين متحقق فى المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه . وذكر فى الكتاب مايدل على مفهومه الشرعى وهو قوله (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحىّ هو أم ميت) وقوله (نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) إشارة إلى بيان حكمه فى الشرع ،

كتاب المفقود

(قوله وهو فى اللغة من الأضداد الخ) أقول : أنت خبير بأن الطلب ليس ضدا للإضلال ، إلا أن يكون إطلاق الضد توسعا بناء على أن الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليتأمل .

لأنه أصيل فى حقوقه ، ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار أوعروض فى يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وأنه لايملك الخصومة بلا خلاف ، إنما الخلاف فى الوكيل بالقبض من جهة المالك فى الدين ، وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب ، وأنه لايجوز إلا إذا رآه القاضى وقضى به لأنه مجتهد فيه ، ثم ماكان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع مالايخاف عليه الفساد فى نفقة ولا غيرها) لأنه لا ولاية له على الغائب إلا فى حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ السورة وهو ممكن .

أى بعقد الذى نصب القاضى (لأنه أصيل فى حقوق عقده ، ولا يخاصم فى الدين الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار أو عروض فى يد رجل) ولا فى حق من الحقوق إذا جحد من هو عنده أو عليه (لأنه ليس بمالك ولا نائب إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وهو لايملك الخصومة بلا خلاف ، إنما الخلاف فى الوكيل يقبض الدين من جهة المالك) عند أبى حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لايملك (وإذا كان كذلك) يعنى إذا كان وكيل القاضى لايملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والأوجه أن يقول للغائب : والقضاء عليه فيما لو ادعى إنسان على المفقود دينا أو وديعة أو شركة فى عقار أو رقيق أو ردا بعيب أو مطالبة لاستحقاق لاتسمع الدعوى ولا البينة لأنهما إنما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصما ، والورثة إنما يصيرون خصماء بعد موت المورّث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لايجوز إلا إذا رآه القاضى) أى إذا رأى القاضى المصلحة فى الحكم للغائب وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه . فإن قيل : ينبغى أن لاينفذ حتى يمضيه قاض آخر لأن نفس القضاء مجتهد فيه : كما لو كان القاضى محدودا فى قذف فإن نفاذ قضائه لموقوف على أن يمضيه قاض آخر . أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا ، وإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف . وفى الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ماكان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (يبيعه القاضى لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه) ولايبيع مالا يخاف فساده منقولا كان أو عقارا (فى نفقة ولاغيرها ، لأن القاضى لا ولاية له على الغائب إلا فى الحفظ وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز ، فإن لم يكن له مال إلا عروض أو عقار أوخادم واحتاج ولده) أو زوجته إلى النفقة لايباع ، بخلاف الوصى فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لأن ولايته ثابتة فيما

وكلامه واضح (قوله ولا فى نصيب له فى عقار أو عروض فى يد رجل) بأن كان الشىء مشتركا بين المفقود وغيره (قوله وأنه) أى الوكيل من جهة القاضى (لايملك الخصومة بلا خلاف ، إنما الخلاف فى الوكيل بالقبض من جهة المالك فى الدين) فإنه عند أبى حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لايملكها (وإذا كان كذلك) يعنى أن وكيل القاضى لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضى بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب ، والقضاء على الغائب وللغائب لايجوز ، لأن القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصوّرة (إلا إذا رآه القاضى) أى جعل ذلك رأيا له وحكم به فحينئذ يجوز ، لأن القضاء إذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذه . فإن قيل : المجتهد فيه نفس القضاء فينبغى أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لوكان القاضى محدودا فى قذف . أجيب بأن المجتهد فيه سبب للقضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا ، فإذا رآها القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لوقضى بشهادة المحدود فى القذف (قوله ثم ماكان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى) ظاهر .

(قال المصنف : يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول : فيه شىء ، والظاهر أن يقال قضاء للغائب (قوله والقضاء على الغائب وللغائب لايجوز) أقول : فى فصل القضاء بالمواريث من شرح الإتقان ، وأحال على المختلف أنه قيل : يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عنده .

قال (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد. والأصل أن كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة ، وكل من لايستحقها فى حضرته إلا بالقضاء لاينفق عليه من ماله فى غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع ، فمن الأول الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ، ومن الثانى الأخ والأخت والخال والخالة . وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم فى المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب ، وهذا إذا كانت فى يد القاضى ، فإن كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما إذا كان المودع

يرجع إلى حق الموصى ،وبيع العروض فيه معنى حقه ، وربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر ، وهنا لا ولاية للقاضى على المفقود إلا فى الحفظ . وفى المبسوط : وقال أبو حنيفة : إن كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان . وفى القياس : ليس له بيع العروض وهو قولهما . وذكر الكرخى أن محمدا ذكر قول أبى حنيفة فى الأمالى وقال : هو حسن . وجه الاستحسان أن الأب وإن زالت ولايته بقى أثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج ، وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصى فى حق الوارث الكبير ،وللوصى بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعنى الحاصل فى بيته والواصل من ثمن مايتسارع إليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر . قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الأولاد) قلت : ولا هو على إطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد ، يعنى من الأب والجد وإن علا (والأصل أن كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته) لأن لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله إذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان إعطاء القاضى إن كان المال عنده أو تمكينهم إن كان عندهم إعانة لا قضاء على الغائب فإنهم كانوا مأذونين شرعا أن يتناولوا بأنفسهم (وكل من لايستحقها فى حضرته إلا بالقضاء لاينفق عليه من ماله) فمن الأول : أعنى المستحقين بلا قضاء (الأولاد الصغار والإناث الكبار) إذا لم يكن لهم مال ، وكذا الأب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لايستحق النفقة عليه فى حال حضوره فضلا عن غيبته ، إلا الزوجة فإنها تستحق وإن كانت غنية لأن استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهى تنعدم بالغنى (ومن الثانى) يعنى من لايستحق إلا بالقضاء (الأخ والأخت والخال والخالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أى قول القدورى (من ماله ، يعنى الدراهم والدنانير لأن حقهم فى المطعوم والملبوس ، فإذا لم يكن فى ماله) عين المطعوم والملبوس (يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر) أى غير المضروب (كذلك لأنه يصلح قيمة كالمضروب) وهذا إذا كانت الدراهم والدنانير والتبر فى يد القاضى (فإن كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منها) إن كان المودع مقرا بالوديعة

(قوله ومن الثانى الأخ والأخت) إنما كان من الثانى لأنها نفقة ذى الرحم المحرم (وهى مجتهد فيها فلا تجب إلا بالقضاء أو الرضا) ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء والرضا . وقوله (فإذا لم يكن ذلك) يعنى الملبوس والمطعوم فى ماله (قوله وهذا) أى الذى ذكرناه من إنفاق القاضى عليهم من الدراهم والدنانير (إذا كانت فى يد القاضى)

والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب ، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى ، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار ، وإن كان أحدهما ظاهر الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح ، فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه ، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضى لأن القاضى نائب عنه .

والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرّ بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعنى اشتراط إقرارهما بالنكاح والنسب (إذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضى (فإن كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج إلى إقرارهما بهما . ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحدا (يشترط إقرار من فى جهته المال بالآخر الذى ليس ظاهرا فيقرّ فى الأول عند القاضى أن هذه زوجته وهذا ولده . وفى الثانى بأن له عندى وديعة أو علىّ دينه وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذى قال به زفر لا أن هذا اختلاف الروايتين ، قال : لاينفق من الوديعة شيئا عليهم لأن إقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ، ولا يقضى على الغائب بلا خصم ، ومثل هذا فى الدين أيضا . قلنا : المودع مقرّ بأن ما فى يده ملك الغائب ، وأن للولد والزوجة حق الإنفاق منه . وإقرار الإنسان بما فى يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما فى يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود ، ومثل هذا القياس ليس فى الوديعة والدين خاصة بل فى جميع أموال المفقود ؛ وقد يقال أيضا فى جوابه : نعم القياس ماذكرت ، لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبى سفيان ؛ وقد أسلفناه . قال فيه : «خذى من ماله مايكفيك ويكفى بنيك بالمعروف» إذ هو يفيد مطلقا جواز الإنفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ، ثم إذا ثبت فى الزوجة والولد على خلاف القياس لايلحق به قرابة غير الولاد بالقياس ، وثبوت نفقة الأب بالدلالة لأن حقه فيها آكد من حق الولد ، فإن الولد لايستحقها بمجرد الحاجة ؛ بل إذا كان عاجزا عن الكسب والأب يستحقها بمجردها وإن كان يقدر على الكسب (قوله ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه ، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضى لأن القاضى نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض ، وليس القاضى نائبا فى الحفظ فقط ، بل فيه وفى إيفاء ما عليه من الحقوق أيضا مما لايحتاج فى ثبوته عنده إلى سماع بينة ، وجاز له أن يوفى ما عليه من دين إذا علم بوجوبه ، بخلاف المودع فإنه المأمور بالحفظ فقط فيضمن إذا أعطاهم بلا أمره. فإن قيل : ينبغى أن لايضمن المودع إذا دفعها إليهم لأنه لو رد الوديعة إلى من فى عيال المودع برئ . أجيب بأن ذلك إذا دفعها إليهم للحفظ عليه لا للإتلاف ، والأحسن أن يأخذ القاضى منها كفيلا لاحتمال أنه طلقها قبل ذهابه أوعجل لها النفقة ، لكن لولم يأخذ جاز لأنه لايجب أخذ الكفيل إلا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا،

(وهذا)أى الاحتياج إلى الإقرار إنما هو(إذا لم يكونا) أى الدين والوديعة أو النكاح ، والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا ، والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر إنه لاينفق منهما عليهم بالإقرار لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب ، وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ، ولكنا نقول : المودع مقرّ بأن ما فى يده ملك الغائب ، وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه ، وإقرار الإنسان فيما فى يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما فى يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود . وقوله (لأن القاضى نائب عنه) اعترض عليه بأن القاضى نائب عن الغائب

وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقّ النفقة خصما فى ذلك لأن مايدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة ، لأنها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود . قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك : إذا مضى أربع سنين يفرق القاضى بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لأن عمر رضى الله عنه هكذا قضى فى الذى استهواه الجن بالمدينة وكفى

(فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلا) أى جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليسا ظاهرين عند القاضى (لم ينتصب أحد من مستحقّ النفقة) الزوجة أو الأب أو الابن (خصما فى ذلك) أى فى إثبات الدين أو النسب أو الوديعة بإقامة البينة على شىء من ذلك ، لأن المودع والمديون ليسا خصما فى ثبوت الزوجية والقضاء بها ، ولا ما يدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذى هو النفقة (لأنها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود) وستعرف تفصيل هذا إن شاء الله تعالى فى أدب القاضى (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك : إذا مضى أربع سنين يفرّق القاضى بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوّج من شاءت ، لأن عمر رضى الله عنه هكذا قضى فى الذى استهوته الجن بالمدينة)

فى القبض للحفظ ولا حفظ فى القبض للإنفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا . وأجيب بأن القاضى نائب عنه فى إيفاء ماعليه من الحقوق كما هو نائب عنه فى الحفظ ولهذا جاز له أن يوفى ماعليه من الدين إذا علم بوجوبه بخلاف المودع فإنه نائب عنه فى الحفظ فقط . فإن قلت : إذا دفع المودع بغير أمر القاضى وجب أن لا يضمن لأنه دفعها إلى من فى عيال المودع ولا ضمان عليه فى ذلك . أجيب بأن الدفع إليهم لايوجبه إذا كان للحفظ والدفع للإنفاق دفع للإتلاف . وقوله (لأن مايدّعيه للغـائب) معناه أن الخصومة لاتسمع إلا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لأنه لم يوكل وهو ظاهر ، ولا حكما لأن مايدعيه للغائب لم يتعين له سببا لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود) ولا يكون الثابت حكما إلا فى مثل ذلك ، وسيجىء تمامه فى كتاب القضاء إن شاء الله تعالى . قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح ، وقصة من استهوته الجن : أى جرّته إلى المهاوى وهى المهالك ماروى عبد الرحمن بن أبى ليلى قال : أنا لقيت المفقود فحدثنى حديثه قال : أكلت خزيرا فى أهلى فخرجت فأخذنى نفر من الجن فكثت فيهم، ثم بدا لهم فى عتقى فأعتقونى ثم أتوا بى قريبا من المدينة فقالوا : أتعرفِ الخليل(١)؟ فقلت : نعم ، فخلوا عنى . فجئت فإذا عمر بن الخطاب قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوّجت ، فخيرنى عمر رضى الله عنه بين أن يردها علىّ وبين المهر . قال مالك : وهذا مما لايدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم

قوله (قال أكلت خزيرا) أقول : بالخاء المعجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول : يتبادر منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع أنه قال تعتد عدة الوفاة ، فالأولى حذف قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول : أى أخذ مهر المثل من الزوج الثانى

---

(١) خ : الخيل اه .

به إماما ، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرّق القاضي بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان . وقول علىّ رضى الله عنه فيها : هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أوطلاق

ولأنه منع حقها بالغيبة) وإن كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما القاضى بعد مضى مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة) فإنه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك ، وهذا منه فى الإيلاء بناء على أنه لايوجب الفرقة بمجرد مضى المدة بل بتفريق القاضى بعدها ، وبعد هذا الاعتبار أخذ فى المدة الأربع من الإيلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملا بالشبهين) وحديث الذى أخذته الجنّ رواه ابن أبى شيبة : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة : أن رجلا انتسفته الجنّ على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها أن تعتدّ فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق . وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذى فقد قال : دخلت الشعب فاستهوتنى الجنّ ، فمكثت أربع سنين ، ثم أتت امرأتى عمر الحديث بمعنى الأول . وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه : فقال له عمر لما جاء : إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها ، قال : بل زوّجنى غيرها ، ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره . ورواه الدارقطنى وفيه : ثم أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر وعشرا . وروى مالك فى الموطإ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل . وأسند ابن أبى شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا فى امرأة المفقود : تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا . وأسند ابن أبى شيبة عن جابر بن زيد : تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا : تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولىّ زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا . قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود « إنها امرأته حتى يأتيها البيان ») أخرجه الدارقطنى فى سننه عن سوار بن مصعب : حدثنا محمد بن شرحبيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان » وفى بعض نسخه « حتى يأتيها الخبر » وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل . قال ابن أبى حاتم عن أبيه : إنه يروى عن المغيرة مناكير أباطيل . وقال ابن القطان : وسوار بن مصعب أشهر فى المتروكين منه . ثم عارض المصنف بقول علىّ قول عمر ، وهو ماروى عبد الرزاق : أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمى عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضى الله عنه قال فى امرأة المفقود : هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . أنبأنا معمر عن ابن أبى ليلى عن الحكم أن عليا مثله . وقال : أخبرنا ابن جريج

(ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما بعد مضىّ مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة) والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها ، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضىّ سنة لرفع الضرر عنها ، وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ، ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين ، فيتعين فى حقه المدتان فى التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتربص أربع سنين (عملا بالشبهين) (قوله ولنا) ظاهر ، وحاصله أن البيان فى الحديث المرفوع إلى النبىّ عليه الصلاة والسلام مجمل ، وقول علىّ رضى الله عنه

(قوله وبين المولى وامرأته) أقول : فى التركيب شىء إلا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ، ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فإن العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول : فى أظهريته من عذر العنين تأمل ، إلا أنه يقال : إقدامه مع عنته على التزوج ينقص من عذره .

خرج بيانا للبيان المذكور فى المرفوع ، ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لاتوجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك ، وعمر رضى الله عنه رجع إلى قول علىّ رضى الله عنه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا فاعتبر فى الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ، ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأودة ، والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة . قال (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضى الله عنه : وهذه رواية

قال : بلغنى أن ابن مسعود وافق عليا على أنها تنتظر أبدا . وأخرج ابن أبى شيبة عن أبى قلابة وجابر بن يزيد والشعبى والنخعى كلهم قالوا : ليس لها أن تتزوّج حتى يستبين موته . وقوله ولأن النكاح الخ الحاصل أن المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين . فذهب عمر إلى ماتقدم. وذهب علىّ رضى الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان ، والشأن فى الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالأصالة ، وما ذكر من موافقته ابن مسعود مرجح آخر . ثم شرع المصنف فى مرجح آخر فقال (ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لاتوجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضى الله عنه رجع إلى قول علىّ . ذكره ابن أبى ليلى قال : ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علىّ : امرأة المفقود، وامرأة أبى كنف ، والمرأة التى تزوجت فى عدتها . وقولنا فى الثلاث قول علىّ رضى الله عنه ، فامرأة المفقود عرفت ، وأما امرأة أبى كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوّجت ، فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له : إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها ، وإن كان دخل بها فليس لك عليها سبيل ، فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم : إن لى إليها حاجة فخلوا بينى وبينها ، فوقع عليها وبات عندها ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعرفوا أنه جاء بأمر بين ، وهذا أعنى عدم ثبوت الرجعة فى حقها إذا لم تعلم بها حتى إذا اعتدت وتزوّجت ودخل بها الثانى لم يبق للأوّل عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع إلى قول علىّ أن مراجعته إياها صحيح وهى منكوحته دخل بها الثانى أولا . وأما المرأة التى تزوّجت فى عدتها فالمرأة التى ينعى إليها زوجها فتعتد وتتزوّج ، وكان مذهبه فيها إذا أتى زوجها حيا يخيره بين أن تردّ عليه وبين المهر ، وقد صح رجوعه إلى قول علىّ وهو أن يفرق بينها وبين الثانى ولها المهر عليه بما استحل من فرجها ، وتردّ إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضى عدتها من ذلك. قال (ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا فى الجاهلية فاعتبر فى الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضاء المدة بالإيلاء لايتوقف على تفريق القاضى . قال (ولا بالعنة) لأن الغيبة فى الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضىّ السنة فلايلزم أن يشرع فيه ماشرع فيها (قوله وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية

خرج بيانا لذلك المبهم (قوله وعمر رضى الله عنه رجع إلى قول علىّ رضى الله عنه) رواه ابن أبى ليلى (قوله ولا معتبر بالإيلاء) جواب عن قياس مالك فى صورة النزاع على الإيلاء وهو ظاهر ، فإن الإيلاء إذا كان طلاقا كان مزيلا للملك ، بخلاف المفقود فإنه يظهر لم منه طلاق لا معجل ولامؤجل (قوله ولابالعنة) جواب عن القياس بالعنة . وتقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لاتنحل ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها ، بخلاف امرأة المفقود فإن حقها مرجوّ قبل مضى أربع سنين وبعده (قوله وإذا تم له مائة وعشرون سنة) اختلفت روايات أصحابنا فى مدة المفقود ؛ فروى الحسن عن أبى حنيفة

(قوله والطبيعة لاتنحل الخ) أقول : فى كلامه إشارة إلى أن قلما فى كلام المصنف للنفى .

الحسن عن أبي حنيفة : وفى ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران ، وفى المروى عن أبي يوسف بمائة سنة ، وقدّره بعضهم بتسعين ، والأقيس أن لايقدر بشيء . والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين فى ذلك الوقت) كأنه مات فى ذلك الوقت معاينة إذ الحكمى معتبر بالحقيقى

الحسن عن أبي حنيفة ، وفى ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران ، وفى المروى عن أبي يوسف بمائة سنة ، وقدر بعضهم بتسعين ، والأقيس أن لايقدر بشيء (والأرفق أن يقدر بتسعين) وجه رواية الحسن أن الأعمار فى زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين ، بل لايسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالأكثر ، وأما ماقيل إن هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع فإنهم يقولون لايجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك ، وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره ، فما لاينبغى أن يذكر توجيها للمذهب من مذاهب الفقهاء ، وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السالفة للبشر بل لايحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا فى قول لهم على أمرهم يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره فى شيء من الأشياء . ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا ينبنى الحكم عليه . ثم اختلفوا : فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون أن المعتبر موت أقرانه فى بلده ، فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار بحسب إجرائه سبحانه وتعالى العادة ، ولذا قالوا : إن الصقالبة أطول أعمارا من الروم ، فإنما يعتبر بأقرانه فى بلده ، ولأن فى ذلك حرجا كبيرا فى تعرّف موتهم من البلدان ، بخلافه من بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل . وأما المروى عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم . قيل إنه سئل عنه فقال : أنا أبينه لكم بطريق محسوس فإن المولود إذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا ، فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا ، وعقد عشرين ، فإذا كان ابن ثلاثين يستوى هكذا وعقد ثلاثين ، فإذا كان ابن أربعين يحمل عليه

أنها مائة وعشرون سنة من يوم ولد ، فإذا مضت هذه المدة حكمنا بموته . قيل : وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم فإنهم يقولون : لايجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة . وفى ظاهر الرواية يقدر بموت الأقران فإنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لأن ماتقع الحاجة إلى معرفته فطريقه فى الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء . وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر . وهل يعتبر بأقرانه فى جميع الدنيا أو فى الإقليم الذى هو فيه ذكرناه فى شرح الفرائض السرجية . وفى المروى عن أبي يوسف بمائة سنة لأن الظاهر أن لايعيش أحد فى زماننا أكثر من مائة سنة ، وقدر بعضهم بتسعين لأنه متوسط ليس بغالب ولا نادر . والأقيس وأفعل تفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم : أشغل من ذات النحيين أن لايقدّر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الأقران ، لأنه لو لم يقدر بشيء أصلا لتعطل حكم المفقود ، والأرفق أن يقدر بتسعين لأنه أقل ماذكر فيه من المقادير (قوله وإذا حكم بموته) ظاهر

(قوله فطريقه) أقول : أى فطريق معرفته (قوله وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر) أقول : قوله وبناء مبتدأ ، وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لايقدر بشيء من المقدرات الخ) أقول : من القدر لامن القدرة (قوله لأنه لو لم يقدر الخ) أقول : تعليل لتقييد شيء بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين (قوله والأرفق ، إلى قوله : لأنه الخ) أقول : فى التعليل نوع قصور ، والأولى أن يضم إليه ، والتفحص عن حال الأقران أنهم ماتوا أولا غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكى ، ولكن لايخفى أن سلب الإمكان إنما يصح إذا اعتبر أقرانه فى جميع البلدان ثم ذكر فى شروح الفرائض السراجية أنه ذهب بعضهم إلى أنها سبعون سنة لما ورد فى الحديث المشهور فى أعمار هذه الأمة ، ففى تعليل الشارح بحث . إلا أن يقال : المراد المقادير التى يعتد بها وهذه ليست كذلك فليتأمل .

(ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدا مات فى حال فقده) لأن بقاءه حيا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقى

الأثقال هكذا وعقد أربعين ، فإذا كان ابن خمسين ينحنى من كثرة الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين . فإذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخية هكذا وعقد ستين ، فإذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين . فإذا كان ابن ثمانين يستلقى هكذا وعقد ثمانين . فإذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه فى بطنه هكذا وعقد تسعين . فإذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحوّل الحساب من اليمنى إلى اليسرى ، ولا شك أن بمثل هذا لا يثبت الحكم ، وإنما المعوّل عليه الحمل على طول العمر فى المفقود احتياطا ، والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة . فقوله فى المبسوط : وكان محمد بن سلمة يفتى بقول أبى يوسف حتى تبين له خطؤه فى نفسه فإنه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لأنه مبنى على الغالب عنده ، وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما أعطى من الحكم ، وكذا ذكر الإمام سراج الدين فى فرائضه عن نصير بن يحيى أنها مائة سنة لأن الحياة بعدها نادر ، ولا عبرة بالنادر . وروى أنه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله . واختار الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة لأن الغالب فى أعمار أهل زماننا هذا ، وهذا لا يصح إلا أن يقال : إن الغالب فى الأعمار الطوال فى أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك ، نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الأعمار . والحاصل أن الاختلاف ماجاء إلا من اختلاف الرأى فى أن الغالب هذا فى الطول أو مطلقا . فلذا قال شمس الأئمة : الأليق بطريق الفقه أن لا يقدّر بشىء لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون وهذا هو قول المصنف الأقيس الخ ، ولكن نقول : إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره . وهذا رجوع إلى ظاهر الرواية : قال المصنف (والأرفق) أى بالناس (أن يقدر بتسعين) وأرفق منه التقدير بستين . وعندى الأحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم « أعمار أمتى مابين الستين إلى السبعين » فكانت المنتهى غالبا . وقال بعضهم : يفوض إلى رأى القاضى ، فأىّ وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم للوفاة كأنه مات فيه معاينة ، إذ الحكمى معتبر بالحقيقى (قوله ومن مات منهم) أى ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أى قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجرى مناسخة فترث ورثته من المفقود (لأنه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدا مات فى حال فقده لأن بقاءه حيا فى ذلك الوقت) يعنى وقت موت ذلك الأحد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق) بل فى دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا فى حق نفسه فلا يورث ماله فى حال فقده ميتا فى حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك) لو (أوصى له ومات الموصى) فى حال فقده قال محمد : لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود : يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضى بموته ، فإذا قضى به جعل كأنه مات الآن ، وفى استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقد . وهذا معنى قولنا المفقود ميت فى مال غيره (قوله ثم الأصل أنه إذا مات من بحيث يرثه المفقود إن كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان (ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبه ويوقف الباقى) حتى يظهر

(وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) أى لا تصح الوصية بل توقف . وذكر فى الذخيرة : وإذا أوصى

وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلا. بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال فى يد الأجنبى وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ، ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الأجنبى إلا إذا ظهرت منه خيانة)

حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شيئا (بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (فى يد أجنبى وتصادقوا) أى الأجنبى والورثة (على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به) لأن أخاهما المفقود إن كان حيا فلهما النصف ، وإن كان ميتا فلهما الثلثان ، فالنصف متيقن فتعطيانه (ويوقف النصف الآخر) فى يد الأجنبى الذى هو فى يده (ولا يعطى ولد الابن شيئا لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ، ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبى (إلا إذا ظهرت منه خيانة) بأن كان أنكر أن للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضى بها ، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فإنه حينئذ يؤخذ الفضل الباقى منه ويوضع فى يد عدل لظهور خيانته ، ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الأجنبى الذى فى يده المال مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لأن إقراره معتبر فيما فى يده ، وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود ، لأنهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقى فى يده ، ولو كان المال فى يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر شىء للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف فى أيديهما على حكم ملك الميت ، فإن ظهر المفقود حيا دفع إليه ، وإن ظهر ميتا أعطى

رجل للمفقود بشىء فإنى لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث ، وفى الميراث تحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله ، فكذلك فى الوصية ، والأصل المذكور فى الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أى الورثة المذكورون والأجنبى ، وإنما قيد بالتصادق لأن الأجنبى الذى فى يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين ، لأن إقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر ، وقد أقر بأن ثلثى ما فى يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما . وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذى اليد لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقه ، هذا إذا أقر من فى يده المال ، أما لو جحد أن يكون المال فى يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثا لهما ولأخيهما المفقود ، فإن كان حيا فهو الوارث معهما ، ، وإن كان ميتا فولده الوارث معهما فإنه يدفع إلى البنتين النصف لأنهما بهذه البينة تثبتان الملك لأبيهما فى هذا المال والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى إثبات الملك له بالبينة ، وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف ، ويوقف النصف الباقى على يد عدل ، لأن الذى فى يده جحد وهو غير مؤتمن عليه ، وإنما قيد بقوله والمال فى يد أجنبى لأنه إذا كان فى يد الابنتين والمسئلة بحالها فإن القاضى لا ينبغى له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئا من أيديهما لأن النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقى للمفقود من وجه . ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود أن لا يجعل شيئا مما فى يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة ، وكذلك لو كان المال فى يد ولدى الابن المفقود فطلبت

(قال المصنف : ولا ينزع من يد الأجنبى الخ) أقول : وفى العقار خلاف سيأتى فى فصل القضاء بالمواريث إذا جحد من فى يده ، والظاهر أن المراد هنا بالخيانة ما هو غير الجحود وإن كان المفهوم من كلام بعض الشارحين أنها هو هنا .

ونظير هذا الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى ، ولو كان معه وارث آخر إن كان لايسقط بحال ولايتغير بالحمل يعطى كل نصيبه ، وإن كان ممن يسقط بالحمل لايعطى ، وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل للتيقن به كما فى المفقود وقد شرحناه فى كفاية المنتهى بأتم من هذا ، والله أعلم .

البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقى لولد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين . ولو قالت البنتان مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال فى أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث، لأنهما فى هذه يدعيان الثلثين والمال فى أيديهما ، فإن ظهر حياته أخذ منهما السدس له ، ولو كان المال فى يد ولد المفقود واتفقوا أنه مفقود يعطى البنتان النصف، لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده ويوقف النصف الآخر فى يد من كان فى يده . ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات لم أدفع إليهما شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده ، فإذا قامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن، وإن قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لأن الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد . قال المصنف (ونظيره) أى فى وقف الميراث عند الشك فى النصيب (الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى) واحترز به عما روى عن أبى حنيفة أنه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك : رأيت بالكوفة لأبى إسماعيل أربع بنين فى بطن واحد وعما ، عن محمد ميراث ثلاثة بنين ، وفى أخرى نصيب ابنين ، وهو رواية عن أبى يوسف ، وعن أبى يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لايسقط بحال ولايتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا إذا ترك ابنا وامرأة حاملا تعطى المرأة الثمن (وإن كان ممن يسقط بالحمل لايعطى) شيئا (وإن كان ممن يتغير ويعطى الأقل للتيقن به) مثاله ترك امرأة حاملا: وجدة تعطى السدس لأنه لايتغير لها ، ولو ترك حاملا وأخا وعما لايعطى شيئا لأن الأخ يسقط بالابن، وجائز أن يكون الحمل ابنا فكان بين أن يسقط ولايسقط ، فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا . ولو ترك حاملا وأما أو زوجة تأخذ

البنتان ميراثهما واتفقوا على أن الابن مفقود فإنه تعطى البنتان النصف وهو أدنى مايصيبهما وترك الباقى فى يد ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لأبيهما ، لأنا لوقدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به . قوله (ونظير هذا) يعنى المفقود الحمل فى حق توقف النصف فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى، وقد ذكرناه فى الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية فى علم الفرائض . قوله (ولو كان معه) أى مع الحمل (وارث آخر) إن كان لايسقط بحال ولايتغير بالحمل يعطى كل نصيبه، كما إذا ترك امرأة حاملا وجدة فإن للجدة السدس لأنه لايتغير فرضها بالحمل ، وكذلك إذا ترك ابنا وامرأة حاملا فإن المرأة تعطى الثمن لأنه لاتتغير فريضتها وإن كان ممن يسقط بالحمل لاتعطى كابن الابن والأخ أو العم، فإنه لو ترك امرأة حاملا وأخا أو عما لايعطى الأخ والعم شيئا، لأن من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الأخ والعم، فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلايعطى شيئا لذلك . وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل المتيقن به كالزوجة والأم ، فإنه إن كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والأم السدس ، وإن لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما فى المفقود : يعنى أنه إذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا فى الحمل لأنه لايتغير نصيبها ، وكذلك لو ترك أخا وابنا مفقودا لايعطى الأخ شيئا ، وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فإنه إن كان المفقود حيا تستحق الأم السدس ، وإن كان ميتا تستحق الثلث كما فى الحمل ، والله أعلم .

(قوله لو ترك امرأة حاملا وأخا الخ) أو عما . أقول : لم يذكر ابن الابن هنا لأنه علم حاله آنفا مما ذكره فى المفقود .

كتاب الشركة

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه . قال

الأم السدس والزوجة الثمن . لأنه لو كان ميتا أخذت الأم الثلث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن ، لأنه لو كان ميتا أخذت الربع ، والله الموفق للصواب .

كتاب الشركة

هو بإسكان الراء فى المعروف . أورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين : كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر ، كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر . وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حىّ ، وهذه مناسبة خاصة بينهما . والأولى عامة فيهما . وفى الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط ، وإنما قدم المفقود عليها وأولاه الإباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق . وكأنّ بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال : لأن المال على عرضية التوى . وحاصل محاسن الشركة ترجع إلى الاستعانة فى تحصيل المال . والشركة لغة : خلط النصيبين بحيث لايتميز أحدهما ، وما قيل إنه اختلاط النصيبين تساهل ، فإن الشركة اسم المصدر ، والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا ، فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط . وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له اسم من المادة ، ولا يظن أن اسمه الاشتراك لأن الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ، ويعدى إلى المال بحرف «فى» فيقال اشتركا فى المال : أى حققا الخلط فيه ، فالمال مشترك فيه : أى تعلق به اشتراكهما : أى خلطهما . وركنها فى شركة العين اختلاطهما ، وفى شركة العقد اللفظ المفيد له . هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لأنه سبب الخلط ، فإذا قيل شركة العقد بالإضافة فهى إضافة بيانية (قوله الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول . أما الكتاب فقوله تعالى ـ فهم شركاء فى الثلث ـ وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلى الذى هو شركة العقد ، وقوله تعالى ـ وإن كثيرا من الخلطاء ـ أى من المشتركين لاينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام إخبارا للخصمين عن شريعته إذ ذاك فلا يلزم استمراره فى شريعتنا . وأما السنة

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الأبواب المارة انساقت إلى هاهنا على الوجوه المذكورة . ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث إن نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين فى الشركة ذكرها عقيبه وهى عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لايعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمى العقد الخاص بها وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأن العقد سبب له ، والشركة جائزة لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر .

كتاب الشركة

(قوله وهى عبارة عن اختلاط نصيبين الخ) أقول : فيه تسامح ، فإن الاختلاط صفة النصيب والشركة صفة صاحب النصيب .

(الشركة ضربان : شركة أملاك ، وشركة عقود . فشركة الأملاك : العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالأجنبى) وهذه الشركة تتحقق فى غير المذكور فى الكتاب كما إذا اتهب رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما

فما فى أبى داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبى السائب « أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم : كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لاتدارئ ولاتمارى » وروى أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم[1] عن مجاهد عن السائب « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام فى التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام : مرحبا بأخى وشريكى كان لايدارئ ولا يمارى ، ياسائب قد كنت تعمل أعمالا فى الجاهلية لاتقبل منك وهى اليوم تقبل منك » وكان ذا سلف وصداقة ، واسم السائب صيفى بن عائذ بن عبد الله ابن عمر بن مخزوم، وقول السهيلى فيه إنه كثير الاضطراب، فمنهم من يرويه عن السائب، ومنهم من يرويه عن قيس ابن السائب، ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب، وهذا اضطراب لايثبت به شيء ولا تقوم به حجة ، إنما يصح إذا أراد الحجة فى تعيين الشريك من كان ، أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال . قال إبراهيم الحربى فى كتابه غريب الحديث : يدارئ مهموز فى الحديث : أى يدافع . ثم إيراد المشايخ هذا إنما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل : أعنى أنه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثانى ما فى أبى داود ومستدرك الحاكم عن أبى هريرة رضى الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام « قال الله تعالى ـ أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما » زاد رزين « وجاء يد الشيطان » وضعفه القطان بجهالة والد أبى حيان وهو سعيد ، فإن الرواية عن أبى حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ، ورواه غيره عن أبى حيان مرسلا ، ورواه الدارقطنى « يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » ولاشك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه، إذ التوارث والتعامل بها من لدن النبيّ صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لايحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان : شركة أملاك ، وشركة عقود . فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الحمل من القدورى القصر ، فذكر المصنف أنها لاتقتصر على ماذكر بل تثبت فيما إذا اتهبا عينا أوملكاها بالاستيلاء بأن استوليا على مال حربى يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير ؛ ولو قال : العين يملكانها كان شاملا ، إلا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة فى الدين فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعى لايملك ، وقد يقال : بل يملك شرعا ولذا جاز هبته ممن عليه ، وقد يقال إن الهبة مجاز عن الإسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه ، والحق ماذكروا من ملكه ، ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئا كان للآخر

وهى على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عقود ، وكلامه ظاهر .

(قال المصنف : فشركة الأملاك العين) أقول : أى شركة العين ، فالمضاف مقدر (قال المصنف : يرثها رجلان أو يشتريانها) أقول : قوله يرثها صفة العين كما فى قوله تعالى ـ كمثل الحمار يحمل أسفارا ـ .

(١) (قوله ابن خثيم) بضم الخاء كما فى أسماء الرجال لابن حجر اهـ .

أو يخلطهما خلطا يمنع التميز رأسا أو إلا بحرج ، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه فى جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا فى صورة الخلط والاختلاط فإنه لايجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى (والضرب الثانى : شركة العقود ، وركنها الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

الرجوع عليه بنصف ما أخذ، وليس له أن يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المديون حصتك، ولايصح من المديون أيضا أن يعطيه شيئا على أنه قضاه وأخر الآخر. قالوا: والحيلة فى اختصاص الآخذ بما أخذدون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته ، وحكم هذه الشركة أنه لايجوز أن يتصرف فى نصيب شريكه إلا بأمره لأن كلا منهما فى نصيب الآخر كالأجنبى عن الشركة لعدم تضمنها وكالة، وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك فى جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير إذنه فى جميع الصور إلا فى صورة الخلط والاختلاط فإنه لايجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (إلا بإذن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه فى الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والأجنبى ، بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط ، لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لايقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم. وأما ماذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط ، فإذا حصل بغير تعدّ يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا إلى الشريك فى حق البيع من الأجنبى غير زائل فى حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدى ، فعند عدمه لايثبت من وجه وإلا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها ، وأيضا فالزوال إلى الخالط عينا لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبى ، بل المترتب عليه اعتباره زائلا إلى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلا إلى الشريك فى البيع من الأجنبى ، بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط إذا باع من الأجنبى . وإنما قلنا : إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لايظهر أثره فى ذلك وإنما يتبين به أى تعد هو السبب فى زوال الملك فى هذا المال فيقال التعدى فى خلطه (قوله والضرب الثانى شركة العقود، وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أى فى كذا من المال وفى كذا من التجارات البزازية أو البقالية فى العنان أو فى كل مالى ومالك وهما متساويان وفى جميع التجارات ، وكل كفيل عن الآخر فى المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتى ، وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ، ولهذا لودفع ألفا إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة ، ويندب الإشهاد عليها . وذكر

وقوله (خلطا يمنع التميز رأسا) كخلط الحنطة بالحنطة، أو إلا بحرج كخلطها بالشعير . وقوله (فإنه لايجوز) يعنى البيع (من الأجنبى) إلا بإذن شريكه . وقوله (وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط ، فإذا حصل بغير تعدّ كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه ، فاعتبر نصيب كل واحد زائلا إلى الشريك فى حق البيع من الأجنبى غير زائل فى حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين .

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه : مفاوضة ، وعنان ، وشركة الصنائع ، وشركة الوجوه .

محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال : هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ، ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول : وذلك كله فى أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ، ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة ، وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول : لايملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ، ثم يقول : فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رءوس أموالهما ، وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك ، ولا خلاف أن اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل ، واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سيذكر ، فإن كان شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك فى يوم كذا فى شهر كذا ، وإنما يكتب التاريخ كى لايدّعى أحدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولا لمعقود، وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة،وإنما شرط ذلك (ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أى حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك فى الربح ، إذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه فى النصف وأصيلا فى النصف الآخر لايكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشترى بالمشترى ، واحترز به عن الاشتراك فى التكدّى والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد ، فإن الملك فى كل ذلك يختص بمن باشر السبب (قوله ثم هى) أى شركة العقود على (أربعة أوجه : مفاوضة ، وعنان ، وشركة الصنائع ، وشركة الوجوه) قيل فى وجه الحصر إن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا ، وفى الذكر إما أن تشترط المساواة فى المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أو لا ، فإن شرطا ذلك فهو المفاوضة وإلا فهو العنان . وفى عدم ذكر المال إما أن يشترط العمل فى مال الغير أو لا ، فالأول الصنائع ، والثانى الوجوه . وقيل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع والوجوه لايكونان مفاوضة ولا عنانا ، وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتى ، فوجه التقسيم ماذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخى حيث قالا : الشركة على ثلاثة أوجه : شركة بالأموال ، وشركة

وقوله (قابلا للوكالة) احتراز عن الشركة فى التكدى والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد ، فإن الملك فى هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصا لاعلى وجه الاشتراك : أى شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ، ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة . ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أى من عقد الشركة، وشرح هذا أن هذه العقود إنما تضمنت الوكالة لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك فى المستفاد بالتجارة ، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلاعن صاحبه فى النصف وفى النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة . وقوله (ثم هى أربعة أوجه) ذكر فى وجه الحصر على ذلك أن الشريكين إما أن يذكرا المال فى العقد أولا . فإن ذكرا، فإما أن يلزم اشتراط المساواة فى ذلك المال فى رأسه وربحه أولا . فإن لزم فهى المفاوضة وإلا فالعنان ، وإن لم يذكراه فإما أن يشترط العمل فيما بينهما فى مال الغير أو لا ، فالأول الصنائع والثانى الوجوه . ومعنى البيت : لايصلح أمور الناس حال كونهم متساوين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات ، فإنهم إذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم ، والسراة جمع السرى

فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) لأنها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة ، قال قائلهم :

لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

أى متساويين . فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء

بالأعمال ، وشركة بالوجوه . وكل منهما على وجهين : مفاوضة وعنان ، وسيأتى البيان إن شاء الله تعالى (قوله فأما شركة المفاوضة فهى أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر فى كل مايلزمه من عهدة مايشتريه كما أنه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوّض كل منهما إلى صاحبه على العموم (فى التجارات) والتصرفات لأن الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة ، فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى فى ذلك ، ولا يخفى أن قول المصنف إذ هى من المساواة تساهل لأنها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق ، بل هى من التفويض أو الفوض الذى منه فاض الماء : إذا عم وانتشر ، وإنما أراد أن معناها المساواة ، واستشهد بقول الأفوه الأودى :

لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

وبعده :

إذا تولى سراة الناس أمرهم نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده :

تهدى الأمور بأهل الرأى ماصلحت فإن تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت : إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما فى قوله تعالى – لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا – والسراة جمع سرى، وهو السيد ، وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب فى راكب . والسرى فعيل جمع على فعلة بالتحريك، وأصله سروة تحركت الواو وانفتح ماقبلها قلبت ألفا فصار سراة، وأصل سرى سريو اجتمعتا وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم أدغمت فى الياء ، وسيأتى وجه المساواة (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى فى مدة البقاء لأن عقد الشركة عقد غير لازم ، فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء ، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت فى المال يمنع بقاءه ؛ حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا ، بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لأن الشركة انتقلت إلى المشترى فإنما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه . ولو اشتريا بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففى القياس تفسد المفاوضة ، وفى الاستحسان لاتفسد لأن الشراء بالمالين جميعا قل مايتفق فيلزم باشتراطه حرج ، ولأن المساواة قائمة معنى لأن الآخر لما ملك نصف المشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف مالم يستحق به لصاحبه غير أنه لايشترط اتحادهما صفة . فلوكان لأحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض وقيمتاهما

وهو جمع عزيز لايعرف غيره . وقيل هو اسم جمع للسرى . وقوله (فلابد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء) أما ابتداء فظاهر بناء على ماذكر من مأخذ اشتقاقه . وأما انتهاء فلأن المفاوضة من العقود الجائزة ، فإن لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء. وفى ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا فى الانتهاء

وذلك فى المال ، والمراد به ماتصح الشركة فيه ، ولايعتبر التفاضل فيما لايصح الشركة فيه ، وكذا فى التصرف، لأنه لو ملك أحدهما تصرفا لايملك الآخر لفات التساوى ، وكذلك فى الدين لما نبين إن شاء الله تعالى ، وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا . وفى القياس لاتجوز ، وهو قول الشافعي . وقال مالك : لا أعرف ما المفاوضة . وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل ذلك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم « فاوضوا فإنه أعظم للبركة »

متساوية صحت المفاوضة ، بخلاف مالو زادت ، وكذا لوكان لأحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتها ألف صحت ، فإن زادت صارت عنانا ، وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها تنقلب عنانا . ثم المراد بالمال الذى يلزم فيه التساوى ماتصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ، ولو كان لأحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة . ولوكان له دين صحت إلى أن يقبضه ، فإذا قبضه فسدت وصارت عنانا ، ولذا يعتبر التساوى فى التصرف ، فإنه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوى ، وكذا فى الدين لما نبين عن قريب (قوله وهذه الشركة جائزة فى قول أصحابنا رحمهم الله استحسانا . والقياس أن لايجوز ، وهو قول الشافعي رحمه الله . وقال مالك رحمه الله: لا أعرف ما المفاوضة) وهذا لايلزم تناقض به كما قيل : إذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد . والمعنى : لاوجود للمفاوضة على الوجه الذى ذكرتموه فى الشرع ، وما لاوجود له شرعا لا صحة له . وقد حكى عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز وهى أن يفوض كل منهما إلى الآخر التصرف فى غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير أن لايشترط التساوى فى المالين ، وممن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ، ذكره الشيخ أبو بكر الرازى (وجه) قولهما وهو وجه (القياس أنها تضمنت الوكالة بـ) شراء (مجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ، ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لايصح فاجتماعها يزيد فسادا . فإن قيل : الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع فيه ماشئت حتى يجوز له أن يفعل فيه ماشاء . قلنا : العموم غير مراد ، فإنه لايثبت وكالة كل فى شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم ، فإذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران : أحدهما (ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « فاوضوا فإنه أعظم للبركة ») أى أن عقد المفاوضة أعظم للبركة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة »

(وقوله وذلك) أى تحقق المساواة فى المال ، والمراد به ماتصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لاتصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار ، حتى لوكان لأحدهما عروض أو ديون على الناس لاتبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون . وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أى كل من الوكالة والكفالة فى المجهول فاسد ، حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا ، وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل، فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان . فإن قيل : الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع ماشئت فإنه يجوز له أن يتصرف فى ماله . أجيب بأن العموم ليس بمراد هاهنا ، فإنه لاتثبت الوكالة فى حق شراء الطعام والكسوة لأهله ،

(قال المصنف : وكذا فى التصرف) أقول : عطف على قوله وذلك فى المال (قال المصنف : وكذلك فى الدين) أقول : عطف على قوله وذلك فى المال (قوله لما نبين إن شاء الله تعالى) أقول : إشارة إلى قوله ولا بين المسلم والكافر (قال المصنف : وقال مالك : لاأعرف ما المفاوضة) أقول : قال فى الكافى : وهو تناقض ، لأنه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد ، اذ لاتصديق بلا تصور . ورد هذا بأن قوله لاأدرى مايكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه . وفيه بحث .

وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما فى المضاربة ولاتنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوامّ ، حتى لو بينا جميع ماتقتضيه تجوز لأن المعتبر هو المعنى . قال (فتجوز بين الحرّين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوى ،

وهذا الحديث لم يعرف فى كتب الحديث أصلا ، والله أعلم به ، ولا يثبت به حجة على الخصم ، وإنما أخرج ابن ماجه فى التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث فيهن البركة : بيع إلى أجل ، والمقارضة ، وإخلاط البرّ بالشعير للبيت لا للبيع » وفى بعض نسخ ابن ماجه : المفاوضة بدل المقارضة . ورواه إبراهيم الحربى فى كتاب غريب الحديث ، وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ماذكره من (أن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس) لأن التعامل كالإجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط التى ذكرتم من المساواة فى جميع مايملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن . ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لأنها إنما تثبت (تبعا) والتصرف قد يصح تبعا ولايصح مقصودا (كما فى المضاربة) فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام ، وانتظم الكلام الكلى وهو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن إلزام الكفالة لمجهول ، وفصل الجواب فيها فى المبسوط فقال : وأما الجهالة فعينها لاتبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها ، وهو منعدم هنا لأن كل واحد إنما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته ، وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ؛ وكأن المصنف إنما لم يعرّج عليه، لأنه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء، لأن عند اللزوم لابد أن يتعين المكفول له فاكتفى بنفى الإلزام بما ذكر من أن الشيء قد يصح تبعا لاقصدا ، ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا ، وعلى هذا يمكن إثبات صحتها شرعا أخذا من هذا الجواب ، هكذا تصرف نافع لامانع فيه فى الشرع فوجب صحته ، والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع إذا ثبت قصدا ، ولا يلزم من منع الشيء إذا ثبت قصدا منعه إذا ثبت ضمنا . فإن قيل : فمن أين اشتراط المساواة فى المال ؟ قلنا : هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح ؛ وذلك أن الشركة فى صورة يكون الشريكان متساويى المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما فى صورة عدم تساويهما . فقلنا : إن عقداعلى الوجه الأول سمينا الشركة مفاوضة وإلا سميناها عنانا ، غير أنا اكتفينا بلفظ المفاوضة فى ثبوت الشرط المذكور بجعلنا إياه علما على تمام المساواة فى أمر الشركة ، فإذا ذكراها تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى ، بخلاف ما إذا لم يذكراها لعدم تحقق رضاهما بأحكامها إلا أن يذكرا تمام معناها، بأن يقول أحدهما : وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتك فى جميع ما أملك من نقد وقدر ماتملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة ، وعلى أن كلا منا ضامن على الآخر مايلزمه من أمر كل بيع ، وهذا قول المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن فهم العوام، حتى لو بينا جميع ماتقتضيه يجوز لأن المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة إلى إفهامه ، ولوعقدا بلفظ

فإذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز (قوله والجهالة متحملة تبعا كما فى المضاربة) يعنى الوكالة بمجهول الجنس موجودة فى المضاربة وهى جائزة هناك تبعا فكذلك هاهنا ، ألا ترى أن شركة العنان تصح وإن تضمنت ذلك لأن مايشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة . وقوله (لأن المعتبر هو المعنى دون اللفظ) يوضحه أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط ضمان الأصيل كفالة .

وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز أيضا) لما قلنا (ولاتجوز بين الحرّ والمملوك ولابين الصبيّ والبالغ) لانعدام المساواة ، لأن الحرّ البالغ يملك التصرف والكفالة ، والمملوك لايملك واحدا منهما إلا بإذن المولى، والصبيّ لايملك الكفالة ولايملك التصرف إلابإذن الوليّ . قال (ولابين المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : يجوز للتساوى بينهما فى الوكالة والكفالة ، ولامعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فإنها جائزة . ويتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية ، إلا أنه يكره لأن الذمى لايهتدى إلى الجائز من العقود . ولهما أنه لاتساوى فى التصرف ، فإن الذمى لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ، ولو اشتراها مسلم لايصح (ولا يجوز بين العبدين

المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا إذا لم يكن المنتفى من شروط العنان ويكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان (قوله وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا) إن فيه للوصل . وقوله (لما قلنا) أى لتحقق التساوى إذ الكفر كله ملة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحرّ والمملوك ولا بين الصبيّ والبالغ لتعذر المساواة ، لأن الحرّ البالغ يملك التصرف والكفالة ، والمملوك لايملك واحدا منهما إلا بإذن المولى ، والصبيّ لايملك الكفالة) أصلا ولو أذن له الولى (ولا يملك التصرف إلا بإذنه . قال : ولا بين الكافر والمسلم ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز لتساوى بينهما فى صحة الوكالة والكفالة) وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لايملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لامعتبر به بعد تساويهما فى أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فإنها جائزة ، ويتفاوتان فى العقد على متروك التسمية إلا أنه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لأن الذمى لايهتدى إلى الجائز من العقود أو لايحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم فى أكل الحرام) وقوله إلا أنه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز فى أعم من الإباحة بمعنى استواء الطرفين وهو مالايعاقب عليه، وفيه نظر لأن قضية الاستثناء أن ينتفى الحكم عما بعد إلا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت ، فإنما هو استدراك من الجواز فإن مطلقه ينصرف إلى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة : أى لكنه مكروه ، وبعض أهل الدرس قالوا : يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لكن ، وهو غلط لأن المستثنى فى المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدر ، فالحمار لم يجئ فى قولك جاءوا إلا حمارا فيقتضى إخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما أنه لاتساوى فى التصرف ، فإن الذمى لو اشترى برأس ماله خمورا وخنازير يصح ، ولو اشتراها المسلم لايصح) لكن بقى قول أبى يوسف كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه ، وكذا بين الكتابى والمجوسى فإن المجوسى يتصرف فى الموقوذة لأنه يعتقد ماليتها دون الكتابى ، وكذا الكتابى يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسى . وأجيب بأن

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لتحقق التساوى : أى فى كونهما ذميين . وقوله (ولا تجوز) أى المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر . واعترض على قوله ولهما أنه لاتساوى فى التصرف بأن المفاوضة تصح بين الكتابى والمجوسى مع أنهما لايتساويان فى التصرف ، فإن المجوسى يتصرف فى الموقوذة لاعتقاده المالية فيها ، والكتابى لايتصرف فيها ، وكذلك الكتابى يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسى لأن ذبيحته لاتحل ، وكذلك تصح بين الحنفى والشافعى مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف . وأجيب بأن عدم المساواة مبطل للعقد لامحالة ، والتفاوت فى الموقوذة لم يعتبر لأن من جعل الموقوذة مالا متقوّما لايفصل فيه بين الكتابى والمجوسى فتتحقق المساواة ، وأما مؤاجرة نفسه للذبح فإن المساواة بينهما ثابتة فى ذلك معنى لأن كل واحد من الكتابى والمجوسى من أهل أن يتقبل

ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة . وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولا يشترط ذلك فى العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان ، إذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما . قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على مابيناه ، وأما الكفالة : فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا . قال (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته ، وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة ، وكل واحد منهما

منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم فلافصل بين المجوسى والكتابى فتتحقق المساواة فى التصرف . وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وإجارة المجوسى نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الأجر وإن كان لاتحل ذبيحته ، وأما الحنفى والشافعى فالمساواة ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم ، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى . وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما فى قولهم ، هكذا ذكره الكرخى . وذكر فى الأصل قياس قول أبى يوسف أنه يجوز عنده (قوله ولابين الصبيين) يعنى ولوأذن وليهما لأنهما ليسا من أهل الكفالة ولابين العبدين والمكاتبين (قوله وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبى أو حر وعبد أو مكاتب أو شرطا عدم الكفالة تصير عنانا وإن عما التصرف والمال وتساويا فيه ، لأن عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا ، بخلاف المفاوضة لاتكون إلا عامة (قوله وتنعقد) أى المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره : أى وكالة كل منهما عن الآخر فى نصف مايشتريه وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة فلتحقق غرض الشركة) وقوله (على مابيناه) يريد قوله ليكون مايستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراط فى الربح (وأما الكفالة فلتحقق المساواة) التى هى مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ماهو من أفعالها وما يشبه ماهو تجارة (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) فيختص به ، ومع ذلك يكون

ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه ، وإجارة المجوسى للذبح صحيحة يستوجب بها الأجر وإن كان لاتحل ذبيحته . وأما مسئلة الحنفى والشافعى فإن المساواة بينهما ثابتة ، لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ، ولا يجوز التصرف فيه للحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف . وقوله (ولا بين الصبيين) يعنى وإن أذن لهما أبوهما لأن مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك ، وكذلك المكاتبان . وقوله (إذ هو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما : يعنى قد يكون عاما فى أنواع التجارة وقد يكون فى نوع خاص منها ، والمفاوضة عامة فيها فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان ، كما يجوز إثبات معنى الخصوص بلفظ العموم (قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أى تنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على مابينا : يعنى قوله ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا ، وعلى الكفالة هو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكى المفاوضة بما باشره الآخر ، وإليه أشار بقوله : لتتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا . وقوله (لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة .

(قوله على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المسلم أيضا من أهل أن يشترى الخمر أو الخنزير بنائبه كما سيجىء فى كتاب الوكالة . وجوابه أن إجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل .

قائم مقام صاحبه فى التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما ، إلا ما استثناه فى الكتاب ، وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة . والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشترى بالأصالة وصاحبه بالكفالة ، ويرجع الكفيل على المشترى بحصته مما أدى لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما . قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة ، فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ، ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة .

الآخر كفيلا عنه لصحتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعيا له وإدامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشترى ، بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه فإنه يختص بها على ما سيأتى فى آخر الشركة إن شاء الله تعالى ، وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة (فإن الحاجة الراتبة معلوم وقوعها) أى المستمرة من قولهم رتب الشيء إذا دام ، ومنه أمر ترتب : أى دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثني ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من أن مقتضى العقد

وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل . وقوله (وللبائع) أى لبائع الطعام والكسوة (قوله فمما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة ، وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا فى تجارتهما أو دابة أو شيئا من الأشياء للمؤجر أن يأخذ أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة ، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر إبلا إلى مكة يحج عليها فللمكارى أن يأخذ أيهما شاء ، إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره ، وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدى ؛ وأما فى شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذى استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه . ومن القسم الآخر الجناية على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة ؛ فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها أرش مقدر واستحلفه فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة ، فأما مايلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به ، ألا ترى أنه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجنى عليه معه ، وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لايلزم شريكها ، وكذا لو أقرت ببدل الخلع لايلزم على شريكها ، ومن هذا يتبين صورة غيره

(قال المصنف : وللبائع أن يأخذ بالثمن ، إلى قوله : ماأدى) أقول : ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، ولهذا لم يتعد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليتأمل (قال المصنف : فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول : قال الإتقانى : ولنا فى عبارة صاحب الهداية نظر ، لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك ثمن المشترى وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار ، كذلك حق الكلام أن يقول : ومن القسم الآخر أرش الجناية والمهر والنفقة الخ ، لأنها هى الديون الواقعة بدلا عما لايصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها ، إلى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر إن شاء الله تعالى اهـ . وفيه بحث ، وفى قوله لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحث ، لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا فى الدين الواقع بدلا عنه فينبغى أن يقول : فما يصح الاشتراك فيه المشترى والمستأجر وقس عليه .

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبيّ لزم صاحبه عند أبي حنيفة ، وقالا : لايلزمه) لأنه تبرع ، ولهذا لايصح من الصبيّ والعبد المأذون والمكاتب، ولوصدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس . ولأبي حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره ، فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة ،

المساواة ، ثم كفالة كل الآخر إنما هى فيما هو من ضمان التجارة ، أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشترى منه بدينه وإن شاء أخذ به شريكه ، وضمان التجارة كثمن المشترى فى البيع الجائز وقيمته فى الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة ، وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة ، أو وديعة إذا جحدها أو استهلكها ، وكذا العارية لأن تقرر الضمان فى هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فتصير فى معنى التجارة ، ولو لحق أحدهما ضمان لايشبه ضمان التجارة لايؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص ، وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجانى ، بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعى أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم ، لأن كل واحد لو أقرّ بما ادعاه المدعى يلزمهما ، بخلاف الجناية لو أقرّ أحدهما لايلزم الآخر فلا فائدة فى الاستحلاف : وصورة الخلع ما لوعقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لايلزم شريكها ، وكذا لو أقرّت ببدل الخلع أو التزمه أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : لايلزم صاحبه لأنه) أى الكفيل (متبرع ولهذا لاتصح) الكفالة (من الصبيّ والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أى عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالإقراض) إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان لايلزم الشريك، وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة فى المرض لأن المريض لو أقرّ بكفالة سابقة على المرض لزمته فى كل المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقى حال بقائها وهى فى حال البقاء معاوضة على ماسنذكره . ذكره فى الأسرار : وكون الإقراض لايلزم الشريك ولوأخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقال بعضهم : وقال أبو يوسف : لايجوز ، ونسبه إلى الإيضاح ، وعبارة الإيضاح نقلها فى النهاية وغيرها هكذا ، قال يضمن : يعنى المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو ، وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه . قال : وهذا فرع اختلافهم فى ضمان الكفالة ؛ فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض ، وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل فى حكم المقرض (ولأبي حنيفة أنه) أى عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لأنه) أى الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) إذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد مالزم عليه (فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة ،

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولوصدر) يعنى عقد الكفالة ، وإنما قيد بحال المرض لأن المريض لوأقرّ بالكفالة السابقة فى حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقى حال بقائها ، وفى حال البقاء الكفالة معاوضة. (قوله فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعنى وحاجتنا هاهنا إلى البقاء إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لأنها حكمها

(قوله وإنما قيد بحال المرض) أقول : يعنى إنما قيد الصدور بحال المرض (قال المصنف : لأنه يستوجب الضمان) أقول : تعليل لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء .

وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض، بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء . وأما الإقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ، ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لاحكم البدل حتى لايصح فيه الأجل فلا يتحقق معاوضة ، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المفاوضة . ومطلق الجواب فى الكتاب محمول على المقيد ، وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة انتهاء .

وبالنظر إلى الابتداء لايصح ممن ذكره)والوجه أن يقول ممن ذكراه : يعنى الصبي والعبد المأذون والمكاتب ، ولا يبعد أن يكون مبنيا للمفعول بلا ضمير وأنه سقط من قلم الكاتب مايشبه الهاء ، وهذا لأن الكفالة فى الابتداء تبرع فلا يتصور تمامهامعاوضة لأن التمام بناء على الابتداء . وقد يقال : إن الكفالة تلاقى الذمة والذمة فى المأذون كالمشتركة بينه وبين المولى حتى صح إقرار المولى عليه فى الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه ، بخلاف الحر البالغ لأنها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لأن لزومها ليس فى حال البقاء ، لأنا إنما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل ، بخلاف الكفالة بالنفس فإنها تبرع ابتداء وبقاء ، إذ لايستوجب المكفول له على الكفيل شيئا فى ذمته من المال . وأما الإقراض فإنه إعارة محضة ابتداء وانتهاء لامعاوضة ، وإلا كان بيع النقد بالنسيئة فى الأموال الربوية (فيكون لمثلها) أى لمثل الدراهم أو الدنانير المقروضة (حكم عينها لاحكم البدل ولهذا لايصح فيه التأجيل) أى لايلزم أن يجرى على موجب التأجيل فى الإعارة والقرض ، وإلا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل ، على أن عن أبي حنيفة رواية الحسن فى القرض أنه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا أن نمنع (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أى أمر المكفول عنه (لايلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا ، إذ لايتمكن من الرجوع عليه . وقوله فى الصحيح يشير إلى خلاف المشايخ . وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث ، وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه ، وعامة المشايخ جروا على الإطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة فى الوديعة والعارية والإقرار بهذه الأشياء تلزم شريكه ، ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لأن فى ضمان الغصب والاستهلاك

فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء ، بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثمة فى الابتداء بأنه هل يلزمه أولا ، فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لأن الابتداء ثمة محتاج إليه، ولا كذلك هنا لصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ)وأما الإقراض فعند أبي حنيفة : يعنى أن فيه روايتين . قال فى المبسوط : إن أقرض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وعندهما لايلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولئن سلم فهو إعارة) أى ولئن سلمنا أن إقراض أحد المتفاوضين لايلزم صاحبه فإنما لايلزم لأن الإقراض إعارة لامعاوضة بدليل جوازه ، إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة فى الأموال الربوية ، فعلم بهذا أن مايأخذه المقرض بعد الإقراض حكم عين ما أقرضه لاحكم بدله كما فى الإعارة الحقيقية (قوله حتى لايصح فيه الأجل) أى لايلزم لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز ، لكن لايلزم المضى على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله إذا كانت الكفالة بأمره (قوله فى الصحيح) إشارة

(قال المصنف : وبالنظر إلى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول : قال الإتقانى : أى ذكره أبو يوسف ومحمد ، وكان القياس أن يقول :

قال (وإن ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء . وهذا لأن الآخر لايشاركه فيما أصابه لانعدام السبب فى حقه ، إلا أنها تنقلب عنانا للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه ، ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وإن ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة

محمد مع أبى حنيفة فى أنه يلزم شريكه، وفى الكفالة مع أبى يوسف كما نقله آنفا . لأبى يوسف فيهما أنه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كأرش الجناية ، ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لاتحتمله الشركة . ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ، ولهذا صح إقرار المأذون به عبدا كان أو صبيا حرا ، وكذا المكاتب ويؤاخذ به فى الحال ، ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لأنه إنما تجب بأصل السبب ، وعند ذلك المحل قابل للتملك، وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان، وإذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفى الكافى : الإعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا . ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء أنه لو هلك الرهن فى يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ماسقط من دينه . ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لاتجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبى حنيفة ويلزمه عندهما ، وأصله أن الوكيل لايملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا لهما . وسيأتى إن شاء الله تعالى (قوله وإن ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا إذا وهب

إلى نفى ماذهب إليه عامة المشايخ فى شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما إذا كانت بأمره أو بغير أمره لإطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ماذهب إليه الفقيه أبو الليث فى شروح الجامع الصغير من التفرقة بينهما . وأجاب عن إطلاق جواب الكتاب : أى الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لأنه حينئذ تكون معاوضة انتهاء وإلا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة : يعنى فى أنه يلزم شريكه . وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة فى أنه يلزمه أيضا . وعن أبى يوسف فى غير رواية الأصول أنه لايلزم الشريك ، وتلمح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف فى قوله بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة بأن محمدا مع أبى حنيفه فى لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص أبى حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه . ووجه قول أبى يوسف أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كأرش الجناية . ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لأنه بدل مال محتمل للشركة فإنه يجب بأصل السبب، وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان، وكذلك يصح إقرار المأذون له ويؤاخذ به فى الحال، وكذلك يصح إقرار الصبى والمأذون له والمكاتب به ، ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لأنه معاوضة انتهاء . وقوله (وإن ورث أحدهما مالا) بالتنوين أى المال الذى تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر فى الكتاب . وقوله (فإن المساواة ليست بشرط فيه) أى فى العنان ابتداء، وكل

= ذكراه بضمير الاثنين ، أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبنى للمفعول، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اهـ . والأمر فيه سهل ، فإن الضمير المستتر راجع إليهما بتأويل المذكور بل من ذكر (قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول : لا يلائمه قوله فيما سيأتى لهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل فى التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول: فيه بحث والمعترض الاتقانى والكاكى (قوله فإنه يجب بأصل السبب الخ) أقول : فيه إشارة إلى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة إذ المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول : مستند إلى أصل السبب (قوله وكذلك يصح إقرار الصبى والمأذون الخ)

فلا تشترط المساواة فيه .

له فقبضه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء على ماقدمنا ، كل ذلك إذا وصل إلى يده صارت عنانا ، ولو ورث مالا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولاتبطل المفاوضة ، وكذا فى باقى الأسباب التى ذكرناها ، وإنما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة ، إذ هى أن المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء ، وإنما كان ماهو شرط ابتدائها شرطا لبقائها لكونه : أى عقد الشركة عقدا غير لازم فإن أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها . وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لأن لبقائها حكم الابتداء والإجارة عقد لازم حتى لاينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضى الممتنع على المضى ، ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لاتبقى بموت أحد المتعاقدين ، فتبين أن كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم . أجيب بأن القياس فى الإجارة أن لاتكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معلوما فى الحال فهو كالعارية ، لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم أصل فى المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار أن لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لأن الدار تنتقل إلى ملك الوارث بموت المستأجر ، فلو بقيت لزم إرث المنفعة المجردة وهى لاتورث ، ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل إلى ورثته لأن المنفعة المجردة لاتورث وإن كانت الوصية لازمة ، ولا بأس أن نذكر فروعا من شركة العين إذ قل ذكرها فى الكتاب : أمر رجلا أن يشترى عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لأنه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر أن يعزل نفسه بغير حضور الموكل ، وعلى هذا إذا اشتركا على أن ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة فى ذلك اليوم إلا بحضور الآخر لأن كلا منهما وكيل لصاحبه ، ولو أشهد الموكل على إخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى إذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك فى الشركة ؛ ولو أمره أن يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بينى وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شىء للمشترى فيه لأن الأول وكله بشراء نصفه له . وقيل فصار بحيث لايملك شراء ذلك النصف لنفسه ، فكذا لغيره لأنه إنما يملك لغيره مايملك شراءه لنفسه ، ولما أمره الثانى أن يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف إلى

ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما ؛ لأن لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم ، فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضىّ على موجب العقد لايجبره القاضى على ذلك ، وتأمل فى كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الإجارة عقد لازم ، ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى أنها لاتبقى بموت أحد المتعاقدين ، فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لإثبات مدّعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء ، وذلك لأنا قد قلنا : كل ماهو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة إلى قولنا مانحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا مانحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء ، وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضرّ فى مطلوبنا لأن الموجبة

= أقول : الظاهر أن هذه الواو زائدة وإن اتفقت على إثباتها النسخ ، والمأذون صفة الصبى (قوله تدرك سقوط ما اعترض عليه) أقول : المعترض صاحب النهاية .

النصف الآخر لأن مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ؛ ولا يمكن تصحيحه إلا بذلك ؛ ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب إليه آخر أن يشركه فيه فأشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذى اشتراه به ، وهذا بناء على أن مقتضى الشركة يقتضى التسوية ، قال الله تعالى ـ فهم شركاء فى الثلث ـ إلا أن يبين خلافه ، ولو أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما أثلاثا ، ولو اشترى اثنان عبدا فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشترين ربعه لأن كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد . وفى الاستحسان له ثلثه ، لأنهما حين أشركاه سوّياه بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ، ولو أشركه أحد الرجلين فى نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر . وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمهما الله أن أحد الشريكين إذا قال لرجل أشركتك فى هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهم أثلاثا لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء ، وكذا لو أشركه أحدهما فى نصيبه ولم يسم فى كم أشركه ثم أشركه الآخر فى نصيبه كان له النصف . ولو قال أحدهما أشركتك فى نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبى يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ؛ ألا ترى أن المشترى لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك فى نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه ، بخلاف ما لو قال أشركتك فى نصيبى فإنه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه بإقامة حرف فى مقام حرف الباء ، فإنه لو قال أشركتك بنصيبى كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه .

واعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبنى على صيرورة المشترى بائعا للذى أشركه وهو استفاد الملك منه ، فانبنى على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لأنه بيع مالم يقبض كما لو ولاه إياه، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لأن هلاك المبيع فى يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ،ويعلم أنه لابد من قبول الذى أشركه لأن لفظ أشركتك صار إيجابا للبيع ، ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عنى الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه بيع وشرط فاسد وهو أن ينقد عنه ثمن نصفه الذى هو له ، ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لأنه قضى دينه بأمره ولا شىء له فى العبد لأن الإشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ؛ ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذى قبضه لأن الإشراك يقتضى التسوية ، وإنما يصح إذا انصرف إشراكه إلى الكل ، ثم يصح فى المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ ، وقضية اللفظ إشراكه فى كله ؛ ولو قال رجل لآخر أينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز ، لأن كلا منهما موكل لصاحبه بأن يشترى نصف العبد له ، فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه ، فإذا قبضه فهو كقبضهما لأن يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما ، فإن اشترياه معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما ، ولو نقد أحدهما كل الثمن فى هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر فى نقد الثمن من ماله ، كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فإن أذن كل منهما لشريكه فى بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ، ولو

الكلية لا تنعكس كنفسها ، وإن ورث أحدهما عرضا فهو له ، ولا تفسد المفاوضة لما ذكر فى الكتاب ، ولأن هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء .

(فصل)

(ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك : تجوز بالعروض والمكيل والموزون

باعه إلا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين فى قياس قول أبى حنيفة وفى قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ، ومبناه على فصلين : أحدهما أن عند أبى حنيفة أن الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف ، وعندهما لا يملك . والثانى أن من قال بعتك هذا إلا نصفه بألف كان بائعا للنصف بألف ، ولو قال بعتك بألف على أن لى نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لأن الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى ، فكأنه قال بعتك نصفه بألف ، فأما قوله على أن لى نصفه فحاصله ضم نفسه إلى المشترى فيما باعه منه ، وهذا وإن كان فى ملكه لكنه إذا كان مفيدا تصح كما فى شراء ربّ المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشترى هو مال نفسه مع المشترى فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشترى .

(مسئلة) اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ، ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا لأن الثمن فى بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك فى المحل دون الثمن الأول . وأما بيع المرابحة والتولية والوضعية فباعتبار الثمن الأول ؛ ألا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع فى المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه ، وكذا لو كان مشترى بعوض لا مثل له والثمن الأول كان أثلاثا بينهما ، فكذا الثانى يوضحه أنا لو اعتبرنا فى بيع المرابحة الملك فى قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مرابحة فى حق أحدهما ووضيعة فى حق الآخر ، وقد نصا على بيع المرابحة فى نصيبهما فلابد من اعتبار الثمن الأول كذلك ، بخلاف المساومة ، الكل من المبسوط .

(فصـــل)

لما ذكر اشتراط المساواة فى رأس مال الشركة المفاوضة احتاج إلى بيان أىّ مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة) أى شركة المفاوضة (إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعنى لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك ، وإنما قلنا هذا لأنه ذكر فى المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما فى شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا

(فصـــل)

لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله فى فصل على حدته . وقال (ولا تنعقد الشركة) أى شركة المفاوضة لأن الكلام فيما إذا ذكر فيها المال إلا بالدراهم والدنانير . وإنما قيد بقولنا إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس بحتم فيها فإن المفاوضة تجوز فى شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال ، وكلامه واضح ، غير أن فى ذكر خلاف مالك رحمه الله نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة إلا

(فصـــل)

(ولا تنعقد الشركة الخ)

أيضا إذا كان الجنس واحدا لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود، بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيها من ربح مالم يضمن .

المفاوضة تنعقد فى الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس . وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم الخ ، لأن الإيجاب الجزئى يناقض السلب الكلى . والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعى فى وجه ، وفى وجه يجوز بالعرض المثلى . وقال مالك تجوز بالعروض إذا اتحد جنسها . وقال الأوزاعى وحماد بن أبى سليمان : تجوز الشركة والمضاربة بالعروض . ولو وقع تفاضل فى بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد . وكما لا تجوز عندنا بالعرض لايجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر دراهم أو دنانير ، ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح . بل الشرط وجوده وقت الشراء . وتقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح . إلا أنه لابد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر إذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعة ، وقيد بالدراهم والدنانير لإخراج الحلى والتبر فلا يصلحان رأس مال الشركة إلا فيما سنذكره . وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدورى والحاكم أبو الفضل فى الكافى فيها خلافا ، بل اقتصر على أن قال : ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس . وخص الكرخى الجواز بالفلوس على قولهما . وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال : لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأنها إنما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليست ثمنا فى الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة . وعند محمد يجوز وهو قول أبى يوسف الأول . وقال المصنف (قالوا) يعنى المتأخرين (هذا قول محمد[1]) واستدل عليه بمسئلتين : إحداهما أن الفلوس لاتتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما : وسيأتى الوجه والتقييد بأعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين دينا فإنه لايجوز اتفاقا لأن حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس . وجه قول مالك أن الجنس إذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لاتجوز إلا بالنقود لأنها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن) فإن المال غير مضمون على المضارب

إذا ثبت عنه روايتان ، أو يكون تفريعا على قول من يقول بها صنيع أبى حنيفة فى المزارعة . ثم قوله (لأنها عقدت يعنى الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها) . وإن كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك . وقوله (بخلاف المضاربة) يعنى أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لأن القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن فإن المال غير مضمون على المضارب ، فكأن ماحصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لأنه لم يعمل فى ذلك الربح فلا تصح إلا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير ، وأما فى الشركة فإن كل واحد

(قوله لأنها عقدت يعنى الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها) أقول : قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضى جوازها خبره (قوله وإن كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول : فإن مالكا يشترط الخلط وتحققه فى الجنس الواحد (قال المصنف : بخلاف المضاربة) أقول : فى النهاية فى كتاب المضاربة أن العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك إلا أن يثبت عنه روايتان اهـ . ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما فى غاية البيان فى كتاب المضاربة (قال المصنف : لأن القياس يأباها لما فيه من ربح مالم يضمن الخ (أقول : لزوم ربح مالم يضمن فى الشركة إذا كان الشراء بالنقدين فى غاية الظهور على مذهب مالك فإن عنده يلزم فى المضاربة إذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كما لايخفى على المتأمل فى دليله فلابد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر ، والفرق هو أنه لابد عنده من الخلط فلا يؤدى إليه ، وفيه تأمل (قوله فلا يستحقه رب المال) أقول : وفيه بحث ، والصواب أن يقول : فلا يستحقه ـــ

---

(١) هنا تقديم وتأخير فى هاتين القولتين بخلاف ترتيب كلام المصنف ، اهـ مصححه .

فيقتصر على مورد الشرع : ولنا أنه يؤدى إلى ربح مالم يضمن ،لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح مالم يملك وما لم يضمن ، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن مايشتريه فى ذمته إذ هى لاتتعين فكان ربح مايضمن ، ولأن أول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء ، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا فى ثمنه لايجوز ، وشراء أحدهما شيئا بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز : وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فالتحقت بها .

ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع : ولنا أن رأس مال الشركة) فى العروض والمكيل والموزون (يؤدى إلى ربح مالم يضمن) لأنه إذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذى هو ثمن عرضه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فإن كل واحد ثم وكيل عن صاحبه فى الشراء بماله ، وما يشتريه كل منهما لايتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا فى ذمته فربحه ربح ماضمنه . فإن قيل : هذا لايلزم لأنه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة كثياب الكرباس من بابة واحدة . قلنا : الخلط لايوجب الاشتراك فى كل ثوب وحبة مثلا ، فإذا باعا جملة فى وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدد مابيع من الأجزاء وقبضه المشترى متساويان ، بل الظاهر أنهما متفاوتان ، فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه ، والتخلص عنه ليس إلا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى إلى تعذر الوصول إلى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ، ولأن القيمة لاتعرف إلا بالحزر والظن ولا يفيد أن العلم بالقيمة فيؤدى إلى المنازعة فيه ، وهذا إنما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض ، أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد : وقد خلطاه فيه فلا تنازع . نعم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولأن أول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء : وبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكا فى ثمنه لايجوز ، وشراؤه شيئا بماله على أن يكون الآخر شريكا فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لاينفى ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروج رواج الأثمان فالتحقت بها)ولأبى حنيفة وأبى يوسف

من الشريكين يعمل فى ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما فى مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولأنه يؤدى إلى ربح مالم يضمن) وبيان ذلك أن الرجلين إذا عقدا الشركة فى العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين فى الربح الذى حصل فى مبيع أحدهما فحينئذ يأخذ الذى باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لايجوز ، بخلاف الدراهم والدنانير لأن مايشترى كل واحد منهما برأس المال لايتعلق به البيع ، بل يثبت وجوب الثمن فى الذمة إذ الأثمان لاتتعين بالتعيين ، فلما كان الثمن واجبا عليهما فى ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ماضمن ، ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا ؛ وأما تفاضلهما معا فمحال (قوله ولأن أول التصرف فى العروض) دليل آخر وقد قرره فى النهاية على وجه يجره إلى ربح مالم يضمن ، وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة ، فى كل موضع لاتجوز الوكالة بتلك الصفة لاتجوز الشركة ، ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينا ، فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح مالم يضمن ، فأما الوكيل بالشراء فهو ضامن بالثمن فى ذمته ، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ماقد ضمن .

=المضارب ،والشارح إنما عدل عن هذا لأن بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ماقرره ، إلا أنه فرار من المطر إلى الميزاب فليتأمل.

قالوا : هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لاتتعين بالتعيين ، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ماعرف . أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لاتجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة . وروى عن أبى يوسف مثل قول محمد ، والأول أقيس وأظهر ، وعن أبى حنيفة صحة المضاربة بها . قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما ، هكذا ذكر فى الكتاب (وفى الجامع الصغير : ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر ، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال فى المضاربات والشركات . وذكر فى كتاب الصرف أن النقرة لاتتعين بالتعيين حتى لاينفسخ العقد بها بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما ، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين فى الأصل ،

(أن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة) فإنها باصطلاح الناس لابالخلقة ، ففى كل ساعة تنتفى بانتفاء الخلقة . وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ، ولا يخفى أن هذا إنما هو فى الملاحظة ، أما فى الخارج فهى ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها . ولذا قال الإسبيجابى : الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأنها صارت ثمنا باصطلاح الناس ، ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لايفسد العقد لهلاكها . قال المصنف (وروى عن أبى يوسف مثل قول محمد . والأول أقيس وأظهر) لأن قوله مع أبى حنيفة مستقر فى بيع فلس بفلسين (وعن أبى حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ماذكر من مبسوط الإسبيجابى يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكر فيمايليه حيث قال (ولاتجوز الشركة بما وراء ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهى القطعة المذابة منها . ونقل المصنف اختلاف الرواية فى ذلك ، رواية الجامع لاتكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أوفضة : ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلاتصلح رأس مال الشركات والمضاربات ، وذكر فى كتاب الصرف أن النقرة لاتتعين بالتعيين حتى لاينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ، فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما ، وهذا لما عرف

وقوله (قالوا هذا) أى جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد) وقيد (بأعيانها) لتظهر ثمرة الخلاف ، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لايجوز بالإجماع المركب . وأما عندهما فلوجود النسيئة فى الجنس الواحد ، وأما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية ، وأما إذا كانت بأعيانهما فعندهما يجوز ، وعند محمد لايجوز ، وسيجىء تمام البحث فيه فى كتاب البيوع إن شاء الله تعالى . قوله (والأول) يعنى قول أبى يوسف مع أبى حنيفة (أقيس) لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا فى عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأن هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة ، لأنه لما جاز بيع الواحد بالاثنين فى الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ، والعروض لاتصلح رأس مال الشركة . وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه تصح المضاربة بها : أى بالفلوس النافقة . قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح ، والمراد بقوله فى الكتاب مختصر القدورى رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أى فى الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) إشارة إلى (أن النقرة لاتتعين بالتعيين لأنهما)

(قال المصنف : ومراده التبر) أقول : قال فى الكافى : التبر هو ماكان غير مضروب من الذهب والفضة اه . لكن إذا قوبل بالنقود يراد به الذهب الغير المضروب .

إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة فى الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لاتصرف إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجرى التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال . ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب ، ولاخلاف فيه بيننا قبل الخلط ، ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته ، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك فى قول أبى يوسف ، والشركة شركة ملك لاشركة عقد . وعند محمد تصح شركة العقد. وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالين واشتراط التفاضل فى الربح ، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله.

أنهما خلقا ثمنين . ثم قال (إلا أن الأول أصح) يعنى دراية لأنهما إنما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربها حليا فإنها تتعين البتة ، وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بهما) أى ثم قال (إلا أن يجرى التعامل بهما) أى بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لاتصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم إذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال فى الشركة والمضاربة . ثم قال المصنف : قوله أي القدورى (لاتجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لأنها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعليه وضيعته) ويختص بربحه (وكذا إن خلطا ثم اشتركا عند أبى يوسف) أى لكل منهما متاعه يخصه ربحه ووضيعته لانتفاء شركة العقد ، والوضيعة خسارة التاجر ، يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر وكس فى سلعته يوضع وضيعة : أى خسر . وقال قوم من العرب : وضع يوضع كوجل يوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) إذا كان المخلوط جنسا واحدا (وثمرة الخلاف تظهر فى اشتراط التفاضل فى الربح) فعند أبى يوسف لايصح وعند محمد يلزم (وقول أبى يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبى حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلايصح رأس مالها ، وما لايصح رأس مال الشركة لايختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه ، كما أن مايصح من النقود لايختلف فى الخلط وعدمه ، وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدى إلى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لأن المخلوط لايكون إلا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أى المكيل والموزون والعددى المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين

أى الذهب والفضة (قوله إلا أن الأول) يعنى رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك فى المبسوط ظاهر الرواية (قوله لأنها) أى لأن مثاقيل الذهب والفضة (قوله إلا أن يجرى التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله إلا أن الأول أصح . يعنى أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح ، إلا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل . والأولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولاخلاف فيه) أى فى عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا ، وإن خلط ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور فى الكتاب . وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالين واشتراط التفاضل فى الربح ؛ فعند أبى يوسف لايستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه ؛ وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا (فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف) لأنه أى المذكور من المكيل والموزون والعددى المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر ، وشرط جواز الشركة أن

(قوله بدلالة السياق) أقول : ولأنه أقرب .

ولمحمد أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا فى الذمة . ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين ، بخلاف العروض لأنها ليست ثمنا بحال . ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لاتنعقد الشركة بها بالاتفاق . والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما فى العروض ، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء .

ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا فى الذمة وهو من حكم الأثمان فعملنا (بالشبهين بالإضافة إلى الحالين) وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله ، ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده ، وهذا لأن بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فإنها ليست ثمنا بحال) وظاهر الرواية هو الأظهر وجها لأن المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه به بل هو عرض محض ، وازداد فى العرضية فى الجملة وكون الشىء متأصلا فى حقيقة وله شبه بأخرى لايقال له شبهان ، وغايته أن الثبوت فى الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين ، والمفسد وهو ربح مالم يضمن لايختل بالخلط وإلا لزم قول مالك وقد بيناه ، ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لاتجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط فى متفقى الجنس حيث لايجوز والمختلفين حيث لايجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الأمثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس المال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) المخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لأنه لايمكن أن يصل كل منهما إلى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كما فى العروض) (قوله فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ، ولم يتفق فى هذا الكتاب ، ويمكن تأويله أنه بينه فى غيره إلا أنه

لايكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنها) أى المكيل والموزون والعددى المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا فى الذمة ومبيع) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين) يعنى الخلط وعدمه فلشبههما بالمبيع . قلنا : لاتجوز الشركة بها قبل الخلط ، ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط ، وهذا لأن إضافة العقد إليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على مايقويها وهو الخلط ، لأن بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد به شركة العقد لامحالة ، بخلاف العروض لأنها ليست ثمنا بحال ، فلو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلط لاتنعقد الشركة بها بالاتفاق ، فمحمد يحتاج إلى الفرق وهو ماذكره أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، حتى أن من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم ، فإن من أتلفه يضمن قيمته ، وإذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما فى العروض ، وإذا لم تصح الشركة كحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء : أى قضاء الجامع الصغير ، وأما فى هذا الكتاب فقد بينه فى كتاب الوديعة . والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضى : يعنى ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه ، والذى بينه هنا فى كتاب الوديعة أن الحنطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها

(قوله حتى جاز البيع الخ) أقول : ويلزم ربح مالم يضمن إذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتأمل (قوله وهذا لأن إضافة العقد) أقول : أى عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على مايقويها) أقول : فيتوقف على ثبوتها .

. . . .

خلاف المعتاد من المصنفين فى إطلاق هذه العبارة . والحاصل أن الخالط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله إذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه . ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير ، لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط ، فإن هذا الخلط استهلاك ، بخلاف ماتيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه ، وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من فى عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان فى عياله ، فإن لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطى صاحبى مثل ماكان له فرضى صاحبه جاز لأن الحق لهما ، فإذا رضيا بذلك صح ، وإن أبى يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على مايذكر وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت فى البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التى بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب حنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط . قيل هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبى يوسف ومحمد . ورواية الحسن عن أبى حنيفة أن ملك المالك لاينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة فى المخلوط وبين تضمين الخالط . فأما على ماهو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما فى ذمته فلا يباع ماله فى دينهما لما فيه من الحجر عليه : أبو حنيفة لايرى ذلك : والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل كل منهما إلى بدل ملكه ، ولهذا لايباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان ، فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط ، إما صلحا بالتراضى أو بيعا وقسمة الثمن ، وإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عينا مشتركة ، فإذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ، ولو كان المخلوط غير مثلى كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه ، لأن كلا منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل فى العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ، وإن كانا جنسين مثلين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطا مخلوطا لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما ،[1] وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ، لكن مخلوطا إن لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل فى البيع بهذه الصفة ، فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط . مثلا قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة ، وقيمة الحنطة تنقص ، فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لأن تلك الزيادة ظهرت فى ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه ، وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط ، وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر . وقد طعن عيسى رحمه الله فى الفصلين جميعا فقال : قوله فى الفصل الأول أنه تعتبر قيمته يوم خلطاه ، وفى الفصل الثانى يوم يقتسمون غلط ، بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة ، فإن قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع إلا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء . ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله فى الأسواق ، وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع ، فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم فى وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما

الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك إلى الضمان .

قال (وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) قال (وهذه الشركة ملك) لما بينا أن العروض لاتصلح رأس مال الشركة ، وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ،

كما فى جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما فى بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى تقويمه فى أول الأوقات التى يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة ، فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل فى أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد فى مال أحدهما وينقص فى مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباق فى المثل إلى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما ، بخلاف ما إذا لم يخلطا لأن تقوّم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن ، فاعتبرنا فى قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع (قوله وإذا أراد الشركة فى العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة مفاوضة أو عنانا) فقيل هذا على قياس قول محمد فى المكيل والموزون ، وعلى قياس قول أبى يوسف لايجوز إلا أن تكون مضافة

قال (وإذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصرا فى الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفى ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة فى تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف ما للآخر ثم عقدا الشركة) لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف ما للآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا . قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لاتصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لوكان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج إلى قوله ثم عقدا الشركة ، وبأن العروض لاتصلح رأس مال الشركة إذا لم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ، أما إذا باع فهو الحيلة فى جوازه . ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد ، لأن غرض القدورى رحمه الله بيان الحيلة فى تجويز عقد الشركة بالعروض. وقال آخرون : معناه أنها شركة ملك وإن عقدا الشركة ، لأن هذا العقد كلاعقد لكون رأس المال عرضا ، ونظم كلام المصنف لايساعده ، وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخى العلامة عبد العزيز فى هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لأنه حل مفيد فى هذا المغنى . قال : عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح ما لم يضمن كما بينا ، والثانى جهالة رأس المال ، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدورى يجوز ، واختاره شيخ الإسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوى والمزنى من

و (قوله إن العروض لاتصلح الخ) أقول : تأمل فى هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول : أراد صاحب الكافى (قوله ونظم كلام المصنف لايساعده) أقول : فيه بحث ، فإن مراد ذلك القائل أيضا أن المصنف لم يقبل كلام القدورى ، وسيشير الشارح إليه أيضا فى آخر كلامه (قوله وأنا أذكر لك ماذكره شيخ شيخى العلامة عبد العزيز الخ) أقول : شيخ الشارح هو الإمام العلامة قوام الدين الكاكى صاحب معراج الدراية فى شرح الهداية ، وشيخه هو الإمام مولانا عبد العزيز البخارى صاحب كشف البزدوى (قوله والثانى جهالة رأس المال) أقول : كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كما فى العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوى) أقول : أراد به الإمام أبا بكر الرازى المعروف بالجصاص ، فإنه قال فى شرحه لمختصر الطحاوى : قال محمد : إن أراد الشركة فى العروض باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة ، قال : ولو اشتركا

ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ماتثبت به الشركة .

إلى حال بيعهما العروض بالدراهم فإنه يجوز لأنه حينئذ مضاف إلى المستقبل ، وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل فإنما يثبت العقد بالدراهم. والحق أن جواز هذا لايختص بقول واحد منهما ، وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه ، وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين : لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة ، وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ، ولا تحصل جهالة فى رأس مال كل منهما لأنه لايحتاج إلى تعرف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزر فتقع الجهالة لأنهما مستويان فى المال شريكان فيه ، فبالضرورة يكون كل مايحصل من الثمن بينهما نصفان ، وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ، ومن المشايخ من جزم بأنه قصد إلى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وإن لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدورى أول الكتاب : ويستحب للمتوضئ أن ينوى الطهارة فقال المصنف : والنية فى الوضوء سنة ، ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ، ولذا اختار شمس الأئمة السرخسى عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ، ولايخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض

أصحاب الشافعى رحمهم الله ، لأن رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ، ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا . وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما فى المكيل والموزون بعد الخلط ، وعلى قياس قول أبى يوسف لايجوز إلا أن يكون مضافا إلى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل ، فعلى هذا يكون العقد على الدراهم . واختار شمس الأئمة السرخسى وصاحب الهداية أنه لايجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب إلى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ، بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة أصلا لأنها من ذوات الأمثال ، وبخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة فى العروض تبعا ، وقد يدخل فى العقد تبعا مالا يجوز إيراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للأرض . ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدورى فقال : وهذه شركة ملك عندى لأن ماذكره القدورى أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا أن العروض لاتصلح رأس مال الشركة ، ونظيره ما ذكره القدورى ، ويستحب للمتوضى أن ينوى الطهارة ، ثم عدل المصنف بقوله والنية فى الوضوء سنة ، وله فى هذا الكتاب نظائر كثيرة . وقوله (يبيع صاحب الأقل بقدر ماتثبت به الشركة) نظيره ما إذا كان قيمة عروض أحدهما أربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما ، والله أعلم .

= هكذا مفاوضة جاز ، حكى ذلك أبو الحسن . ثم قال أبو بكر الرازى : وإنما جازت لأنهما متساويان فى المال شريكان فيها ، ولا يحتاج عند القسمة إلى اعتبار القيمة لأن جميع مايحصل من الثمن يكون بينهما نصفين . إلى هنا لفظ أبى بكر نقله الإتقانى عنه . إذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب إلى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فإنها جهالة لاتفضى إلى النزاع ، والمفسد للعقود من الجهالات مايفضى إلى المنازعة ، وإنما قلنا لاتفضى إلى النزاع لأنه لايحتاج عند القسمة ، إلى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسماه ، بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فإنهما يتفاوتان فى القيمة فيؤدى إلى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول : الذى هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول : الظاهر أنه يلزم هنا أيضا ربح مالم يضمن إذا باع

قال (وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة، وهى أن يشترك اثنان فى نوع برّ أو طعام ، أو يشتركان فى عموم التجارات ولا يذكران الكفالة)وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ، ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عنّ له : أى عرض ، وهذا لاينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت ، بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل فى المال) للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة .

ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلمت أنه منتف (قوله وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة. وهو أن يشترك اثنان فى نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا فى عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لأنها خاصة بالمفاوضة، وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقى شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة فى انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها ، وإن لم تكن متوفرة ينبغى أن تنعقد عنانا ، ثم هل تبطل الكفالة ؟ يمكن أن يقال : تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة . ويمكن أن يقال : لاتبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا، ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة : أى كما أنها تكون عنانا مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتباز العموم لا اعتبار عدم العموم إلا أن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجهول فلا تصح إلا ضمنا ، فإذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصدا فلا تصح . بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرا كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح . فإن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل فى مفهومه الكفالة ، بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا فى مفهومه الكفالة (قوله من عنّ لى كذا) أى عرض . قال امرؤ القيس :

فعنّ لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار فى ملاء مذيل

أى اعترض لنا سرب : أى قطيع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى : أى أبكار دوار وهو اسم صنم

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله فى أول كتاب الشركة . فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عنّ إذا عرض ، سمى به لأنه شىء عرض فى هذا القدر لاعلى عموم الوكالة والكفالة . وقيل إنه مأخوذ من عنان الفرس لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى، فكذلك الشريك هنا شارك فى بعض ماله وانفرد بالباقى وكلامه ظاهر . وقوله (كما بيناه) إشارة إلى قوله من قبل ،وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ، ويصح أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح . وجملة القول فى ذلك أنهما إن شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت فى الربح مع التساوى فى رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ماشرط وإن عمل أحدهما دون الآخر . وأما إذا شرطا العمل على أحدهما ، فإن شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذى لاعمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته ، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ، ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لايصح الشرط

حه أخذها مايخصه من الملك بمائة مثلا والآخر بمائتين فإن حصة الآخر غير مضمون على الأول مع أنه يكون شريكا معه فى المائتين فليتأمل (قال المصنف : أويشتركان الخ) أقول : قال الإتقانى : عطف على سبيل القطع تقديره أوهما يشتركان انتهى ،وقد تهمل أن المصدرية تشبيها لها بما المصدرية ، وعليه قوله تعالى ـ لمن أراد أن يتمّ الرضاعة ـ فيمن قرأ برفع يتم (قال المصنف : وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يقال المراد لايثبت بلا دليل خارج ولم يوجد (قوله ويكون مال الذى لاعمل عليه بضاعة) أقول : يعنى لا شركة

(ويصح أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح . وقال زفر والشافعى : لايجوز لأن التفاضل فيه يؤدى إلى ربح مالم يضمن ، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان ، إذ الضمان بقدر رأس المال ، ولأن الشركة عندهما فى الربح للشركة فى الأصل ، ولهذا يشترطان الخلط ، فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك فى الأصل . ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم « الربح على ما شرطا ، والوضيعة على قدر المالين » ولم يفصل ، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة ؛ وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل ، بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل

كانت العرب تنصبه وتدور حوله ، وهو بضم الدال وفتحها . وقوله فى ملاء تشبيه لنعاج البقر فى استرخاء لحمها لسمنها بالعذارى ، والملاء المذيل : أى الطويلات الذيل ، وهذا الاشتقاق لايقتضى المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه ، وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائى والأصمعى ، فإنه فعل كل منهما عنان التصرف فى بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه ، أو لأنه يجوز تفاوتهما فى المال والربح كما يتفاوت العنان فى كف الفارس طولا وقصرا فى حالتى الإرخاء وضده ، إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولابد منه كما فى : استحجر الطين وأمثاله (قوله ويصح أن يتساويا فى رأس المال ويتفاضلا فى الربح) وعكسه بأن يتفاضلا فى رأس المال ويتساويا فى الربح وهو قول أحمد . وقال مالك والشافعى وزفر : لايجوز . وقوله ويتفاضلا الخ ليس على إطلاقه ، بل ذلك فيما إذا شرطا العمل عليهما سواء عمل أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح ، وإن شرطا العمل على أقلهما ربحا لايجوز . وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدى إلى ربح مالم يضمن لأن استحقاق أحدهما لتلك الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فإنها لاتكون إلا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ماذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم « الربح على ماشرطا والوضيعة على قدر المالين ») ولم يعرف فى كتب الحديث ، وبعض المشايخ ينسبه إلى على رضى الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة ، وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل ، و) رأينا (هذا العقد) أى شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل

ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالها أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعى) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الربح على ماشرط العاقدان ، والوضيعة على قدر المال ») رواه أصحابنا فى كتبهم عن على بن أبى طالب رضى الله عنه (قوله من غير فصل) يعنى بين التفاضل والتساوى (قوله كما فى المضاربة) اعترض عليه بأنه إذا ألحقتم هذا العقد بالمضاربة صار فى التقدير كأنه قال : اعمل فى مالك وربحه لك ، واعمل فى مالى وربحه بيننا . وفى المضاربة إذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وإن شرط عملهما . وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ماسنذكره أنه يشبهها من وجه ، وما أشبه الشىء من وجه لايلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه . وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لايجوز ، فكذا إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال . ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة ،

(قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول : يعنى لاشركة (قال المصنف : إذ الضمان بقدر الخ) أقول : هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل .

فى مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة . وقلنا : يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لاتبطل باشتراط العمل عليها . قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة فى المال ليست بشرط فيه إذ اللفظ لايقتضيه (ولا يصح إلا بما بينا) أن المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ، وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعى : لايجوز ، وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا) أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل فى الحقوق . قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته فى حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه ، فإن كان لايعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال فى ذمة

فى مال) غيره وهو (الشريك) ويسترب به (ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة) فى اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذى شرط عمله منفردا أو مع الآخر وإن كان ربحا بلا ضمان ويشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما ، وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال لايبطل اعتبار شبهها الآخر الذى باعتباره أجزنا الزيادة فى الربح لأحدهما ، بخلاف مالوشرط كل الربح لأحدهما فإنه لايجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضا إلى قرض إن شرط للعامل كأنه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه ، وإلى بضاعة إن شرط لرب المال ، إلا أنه يرد ماتقدم من أن المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها إلا أن يمنع ، ويقال بل الربح يستحق فى الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال ، والمشروط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر ، لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله إذ اللفظ) أى لفظ العنان (لايقتضى المساواة) ولا ينبئ عنه ليعتبر فى مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل ببعض ماله ، ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ، ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وإن تفاوتت قيمتهما والربح على

لأنه إن شرط الجميع العامل صار قرضا ، وإن شرط لرب المال صار بضاعة ، وهذا العقد لايجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل فى مال الشريك ويشبه الشركة أى شركة المفاوضة اسما وعملا فإنهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة . وقلنا : يصح اشتراط الربح من غير ضمان ، فإن اشتراط زيادة الربح موجود فى المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع ، وهذا يتضمن الجواب عن قولهما إن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدى إلى ربح مالم يضمن ، وعملنا بشبه الشركة حتى لايبطل باشتراط العمل عليهما . قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أى يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض ، لأن المساواة فى المال ليست بشرط فيه : أى فى هذا العقد ، إذ اللفظ : أى لفظ العنان لايقتضيه : أى لايقتضى المساواة بتأويل الاستواء ، بخلاف لفظ المفاوضة (قوله للوجه الذى ذكرناه) يعنى ماذكره فى أول هذا الفصل أنه يؤدى إلى ربح مالم يضمن . وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر . وقوله (فإن كان لايعرف ذلك إلابقوله) يعنى إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه

(قال المصنف : فعملنا بشبه المضاربة) أقول : قال الإتقانى : هذا جواب لقول زفر والشافعى إن التفاضل فى الربح مع تساوى المال يؤدى إلى ربح مالم يضمن بعد التسليم ، وإنما قال بعد التسليم لأنه بين فى أوائل الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن. (قوله يعنى إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) .

الآخر وهو ينكر، والقول للمنكر مع يمينه قال (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة) لأن المعقود عليه فى عقد الشركة المال، فإنه يتعين فيه كما فى الهبة والوصية، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ماعرف، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله إلا ليشركه فى ماله، فإذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل

ماشرط فيها تساويا أو تفاوتا على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذى بيناه (قوله وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك فى يد مالكه أو يد شريكه لأنه أمانة فى يده بخلاف مابعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التميز فتبطل الشركة، أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه، وأما بطلان الشركة (فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لأنه يتعين بالتعيين فى الشركة) والهبة والوصية (وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لايتعين المال فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال فى ذمته كان مشتريا لموكله، حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله، أما لو هلك قبل الشراء فإنما يبطل العقد لأن الموكل لم يرض بكون الثمن دينا فى ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال: واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة فى ضمن الشركة فإنها تبطل ببطلان الشركة، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان (وكذا إذا هلك أحدهما لأنه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه فى ماله إلا ليشركه) هو أيضا (فى ماله) بتقدير بقائه (فإذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند عقد الشركة (فيبطل

أو من مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة، فإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه (قوله فإذا هلك مال الشركة) ظاهر، وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة فى ضمن عقد الشركة وفى ضمن عقد الرهن فإنها فيهما تبطل ببطلان ماتضمنها من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا، وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فإنها لاتبطل، وأما المضاربة فقد قال فخر الإسلام فى شرح الزيادات: بخلاف المضاربة والشركة فإنها تتعين، حتى إذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة، وهو مخالف لما ذكره المصنف أنها تتعين فيها بالقبض فلعل فى المسئلة روايتين، (قوله لأنه مارضى بشركة صاحبه فى ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله مارضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله إلا على تقدير بقاء ماله بشركته فى ماله

أقول: وفى شرح الإتقانى: ثم إذاكان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه، لا من مال الشركة إلا بقوله. والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة فى يده، والقول للأمين مع اليمين تأمل، فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذى عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضا (قوله فإنها فيهما تبطل الخ) أقول: إن لم يقبض المال (قوله كمن وكل رجلاالخ) أقول: يخالف الشروح؛ ألا يرى إلى قول المصنف وإنما يتعينان بالقبض؛ ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الإقرار (قال المصنف: بخلاف المضاربة) أقول: قال الإتقانى: فيه نظر لأن النقود تتعين فى المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم حتى إذا هلكت قبل التسليم بطلتا نص عليه فى الزيادات فى باب من الوكالة بالشىء يكون على غير ما أمره انتهى. قال الأكمل: ولعل فيهما روايتين.

العقد لعدم فائدته ، وأيهما هلك ماله هلك من مال صاحبه ؛ إن هلك فى يده فظاهر، وكذا إذا كان هلك فى يد الآخر لأنه أمانة فى يده ، بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لأنه لايتميز فيجعل الهالك من المالين (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ماشرطا) لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ، ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد ، حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها. قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) لأنه اشترى نصفه بوكالته و نقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه، هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر . أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ، إن صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن

العقد لعدم فائدته) وهى الاشتراك فيما يحصل (قوله فإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ماشرطا لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء) لأن الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشترى بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أى حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك . ثم الشركة) الواقعة فى هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد رحمهما الله) فإنها شركة ملك عنده حتى لاينعقد بيع أحدهما إلا فى نصيبه . وجه قوله أن شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك بعدم مايوجب زيادة عليه . ولمحمد وعليه اقتصر المصنف أن هلاك مال أحدهما إذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون الهلاك مبطلا شركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء بالمالين (وإذا وقع المشترى على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لأنه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه (وقد بيناه) قريبا (هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعنى الذى فى يده المال (بالمال الآخر إن صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) بأن قالا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا ، كذا صوّره فى المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا جمع فى المبسوط بين التناقض الواقع فى جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله فى بعض المواضع : فاشترى بالمال الباقى بعد ذلك يكون لصاحبه ، وفى بعضها : إن اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما ، فجعل محمل الأول إذا لم يكن فى الشركة وكالة مصرح بها ، ومحمل

كما يشترك هو فى مال هذا (قوله وأيهما هلك من مال صاحبه) ظاهر . وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد) فائدته تظهر فى حق جواز بيع الكل . فعند محمد أيهما باعه جاز بيعه لأن الشركة قد تمت فى المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا . وعند الحسن بن زياد لاينفذ بيع أحدهما إلا فى حصته لأن شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ، وإنما بقى ماهو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتاع شركة ملك (قوله وقد بيناه) إشارة إلى قوله معناه إذا أدى من مال نفسه الخ (قوله أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) واضح .

(قال المصنف : خلافا للحسن بن زياد) أقول : قال الإتقانى : فإن عنده شركة ملك فقط حتى لاينفذ بيع أحدهما إلا فى نصيبه .

لما بيناه، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيما كان المشترى الذى اشتراه خاصة لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة ، فإذا بطلت يبطل مافى ضمنها ، بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة : قال (وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال) وقال زفر والشافعي : لاتجوز لأن الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة فى الأصل وأنه بالخلط ، وهذا لأن المحل هو المال ولهذا يضاف إليه ، ويشترط تعيين رأس المال ، بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة ، وإنما هو يعمل لربِّ المال فيستحق الربح عمالة على عمله ، أما هنا بخلافه ، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس .

الثانى إذا صرحا بها على ماذكر . وقوله (لما بيناه) يريد قوله لأنه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى ، إلا أن مالكا شرط أن يكون تحت يدهما بأن يكون فى حانوت أو فى يد وكيلهما (وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لاتجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يكون الفرع على الشركة إلا والأصل على الشركة ، وإنه) أى الشركة فى الأصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا خلط ، وقد اتفقنا على أن المعتبر فى كل عقد شرعى ماهو مقتضى اسمه . قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس

(قوله لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته (قوله وأنه بالخلط) أى الشركة فى الأصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال) يعنى وإنما قلنا إن الربح فرع المال لأن المحل : أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف إليه ، ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة فى الثمن مستندة إلى المال بخلاف المضاربة فإنها تصح بدون الخلط لأنها ليست بشركة ، وإنما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعنى بناء على أصلهما ذلك ، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي ، وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا ، ولا تجوز شركة التقبل : أى على قول زفر والشافعي لانعدام المال . ولنا أن الشركة فى الربح مستندة إلى العقد دون المال ، وكل ما هو مستند إليه هو الأصل ، أما أنها مستندة إلى العقد فلأن العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه ، وأما أن كل ما هو مُستند إليه فهو الأصل فلأن المراد بالمستند إليه هو أن يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الأصل . وإنما عبر عنه بهذه العبارة لأن الربح فى الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد ، لأن كل واحد منهما يتصرف فى الكل فى بعضه بطريق الأصالة وفى بعضه بطريق الوكالة ، فكان العقد علة العلة ، وجاز أن يضاف الحكم إلى علة العلة كما جاز أن يضاف إلى عين العلة ، وإذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم فى الفرع وهو الربح وإن لم يختلط المالان . والدليل الثانى وهو قوله ولأن الدراهم والدنانير لاتتعينان كالشرح للدليل الأول .

وجه قول الحسن أن الشركة التى عقداها ارتفعت بهلاك مال الآخر ، وإنما بقى ماهو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر انتهى . ويؤيد قول الحسن إن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل فى دفعه فإن رأس المال لم يتعلم هنا لصلاحية المشترى له بقاء (قوله لما بيناه إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته) أقول : والأقرب أن يجعل إشارة إلى قوله آنفا لأنه اشترى نصفه بوكالته (قوله وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة فى الثمن الخ) أقول : الأنسب التفريع أن يقال إلا لتكون الثمرة مستندة إلى المال (قوله وكل ماهو مستند إليه فهو الأصل الخ) أقول : كان الأظهر أن يقول : وكل ماهو مستند إلى العقد فالعقد أصل له فتأمل ، ثم قوله مستند إليه بفتح النون (قوله فلابد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول : وذلك لايكون إلا بجعل الشركة فى الربح مستندة إليه وعلى ما قالاه لا احتياج فى الشركة فى الربح إلى العقد أصلا ، إذ الشركة فى الملك الحاصلة فى الخلط كافية فيها (قوله يتصرف فى الكل) أقول : أى فى كل مال الشركة

ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوى في المال ، ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال . ولنا أن الشركة فى الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلابد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ، ولأن الدراهم والدنانير لايتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال ، وإنما يستفاد بالتصرف لأنه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل . وإذا تحققت الشركة فى التصرف بدون الخلط تحققت فى المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة

فلا تجوز الشركة إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير . ولا إذا كان لأحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لايتميز ما لأحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال) لاختلاف الشركة فى الأصل والفرع ، ولا شركة التقبل والأعمال لعدم المال (قوله ولنا أن الشركة فى الربح مستندة إلى العقد دون المال) حاصل تقرير الشارحين أن الربح يضاف إلى التصرف فى المال وهو العلة ، وإلى العقد الذى هو علة التصرف ، والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة وأنت تعلم أن الإضافة إلى علة العلة بطريق المجاز ، فإن الحكم بالذات إنما يضاف إلى علته لما عرف أن لا أثر للعلة البعيدة فى الحكم ، وحقيقة الإضافة أولى بالاعتبار من مجازها فى حكم ينبنى على الإضافة ، وإنما وجه التقرير المراد أن الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين فى مال الآخر ليس مضافا إلا إلى العقد الشرعى الذى به حل تصرفه فى مال غيره لا إلى نفس المال ولا التصرف فيه ، لأن إضافة الربح إلى التصرف فى المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه ، وليس هذا بمفيد لنا إذ هو معلوم ، وإنما حاجتنا إلى ثبوت حل الربح لكل منهما ، ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعى لا التصرف ، فإن نفس التصرف فى المال وإن كان مأذونا فيه شرعا لايوجب حل الربح للمتصرف ، كما فى المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل إلا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه ، لأن هذا العقد الشرعى يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة فى الربح والتصرف معا لا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة ، بل التصرف علة فى وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس إلا فيه ، وإذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لأن المال محل العقد شرط لتحققها خارج عنه . ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لايتعينان يعنى عند الشراء بهما) مافيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف ، وإذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت فى المستفاد بدونه) أى بدون الخلط (وصار كالمضاربة)

فإن قيل : لوكان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئا لأن هلاك المال وبقاءه إذ ذاك بمنزلة لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبال بعد ذلك ببقائه . أجيب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع . واعترض أيضا بأن المالين إذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التميز كما فى العروض . وأجيب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التميز بل هى ماذكرنا من الإفضاء إلى ربح مالم يضمن . وقوله (وصار كالمضاربة) يعنى لما ظهر أن الأصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما فى المضاربة ، فإنه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد ، وإذا بطل ذلك الأصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى

(قال المصنف : فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول : فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع .
(قوله وإذا بطل ذلك الأصل الخ) أقول : يعنى أصل زفر والشافعى .

فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى فى الربح وتصح شركة التقبل . قال (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لايخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ، ونظيره فى المزارعة . قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان أن يبضع المال) لأنه معتاد فى عقد الشركة ، ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه ، وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا . قال (ويدفعه مضاربة) لأنها دون الشركة فتتضمنها . وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة ، والأصح هو الأول ، وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة ، وإنما المقصود تحصيل الربح

تتحقق الشركة فى الربح بلا خلط . فإن قيل : فعلى هذا ينبغى أن لاتبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد فى المحل . قلنا : إنما بطلت لمعارض آخر وهو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض ، والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا ، فإذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض ، وإذا كان الأصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوى) فى رأس المال ولا (فى الربح وتصح شركة التقبل) قوله (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحد دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر : لاخلاف فى هذا لأحد من أهل العلم : ووجهه ماذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لايخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة إلى قرض أو بضاعة على ما تقدم . وقوله (ونظيره فى المزارعة) يعنى إذا شرطا لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لاتخرج الأرض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان أن يبضع المال لأنه معتاد فى عقد الشركة) من المتشاركين (ولأن له أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض دونه) وأنه أقل ضررا ، فإذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهر أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه) فى بعض الأوقات والمضايق . وقوله (ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة) لأن الوضيعة فى الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة (وعن أبى حنيفة) لرواية الحسن (أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة) فى الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل . لأن الشركة فى الربح غير مقصودة ، وإنما المقصود تحصيل الربح)

فى الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح . وقوله (ونظيره فى المزارعة) يعنى أنه إذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لأن الشركة تنقطع به ، ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعا . قال : ولكل واحد من المتفاوضين. هذا بيان مايجوز للشريك شركة مفاوضة أوعنان أن يفعل وأن لايفعل يجوز له أن يبضع لأنه معتاد فى عقد الشركة ، والمعتاد جاز له العمل به ، ولأن له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف ، وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع لأن الاستئجار تحصيل بعوض والإبضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الأعلى ملك الأدنى ، وأن يودع المال لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا ، وأن يدفع مضاربة لأنها دون الشركة ؛ ألا ترى أنه ليس على المضارب شىء من الوضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شىء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لأنها دون الشركة فتضمنتها الشركة ، هذا ظاهر الرواية (وعن أبى حنيفة ليس له ذلك ، لأنه) أى عقد المضاربة (نوع شركة) لأنه إيجاب الشركة للمضارب فى الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة (والأول) أى جواز الدفع مضاربة (أصح وهو رواية الأصل لأن الشركة) يعنى فى المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح

كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان فى ذمته، بخلاف الشركة حيث لايملكها لأن الشيء لايستتبع مثله. قال (ويوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لايملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلايستتبع مثله

فصار (كما إذا استأجره بأجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان فى ذمة الشريك ، بخلاف الشركة) فإن أحد الشريكين لايملك أن يشارك غيره فى مال الشركة (لأن الشيء لايستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما ، والناسخ مثل المنسوخ. وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل بإطلاق التصرف مطلقا ، وكذا الاقتداء ليس صلاة الإمام مستتبعة لصلاتهما بل تلك مبنية عليها ، وحقيقة الناسخ مبين لاغير ، على أنه ليس وزان مانحن فيه بتأمل يسير ، ولكل واحد أن يشترى بالنسيئة وإن كان مال الشركة فى يده استحسانا ، وليس لأحد شريكى العنان الرهن : أى رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له ، بخلاف المفاوض له أن يرهن ويرتهن على شريكه ، فإن رهن فى العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ، ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه ، فإن هلك الرهن فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن فى يده كالاستيفاء، وكذا إذا باع أحدهما فليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه، فإن دفعه إليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر، وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع وعليه ، ولا أن يؤخر دينا ، فإن أخره لم يمض على الآخر ، وكذا لايمضى إقرار أحدهما بدين فى تجارتهما على الآخر ، فإن أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذى وليه، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشرا ، وإن أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه . ولو اشترى أحدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر أن يرده لأن ذلك من حقوق العقد ، ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص بربحه لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة ، وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز ، بخلاف المفاوض فى جميع ذلك ويمضى إقراره عليه ويشارك شركة عنان ويمضى على الآخر ، بخلاف شريك العنان . ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما ادانه الآخر أو اداناه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكى العنان أن (يوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل) صريحا (بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله ،

وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين ، كما لو استأجر أجيرا ليعمل فإنه يجوز قولا واحدا ، فهذا أولى لأنه تحصيل بدون ضمان فى ذمته، فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لايجب على رب المال شيء، بخلاف الإجارة فإن الأجير إذا عمل فى التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامنا للأجرة ، بخلاف الشركة حيث لايملكها لأن الشيء لايستتبع مثله . فإن قيل : هذا منقوض بالمكاتب فإنه جاز له أن يكاتب عبده، والعبد المأذون له جاز له أن يأذن لعبده. فالجواب أن ذلك ليس من قبيل الاستتباع ، فإن كل واحد منهما أطلق فى الكسب وأسبابه ، وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لا أنه من المستتبعات ، وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر .

قال (ويده فى المال يد أمانة) لأنه قبض المال بإذن المالك لاعلى وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة .

لأحدهما أن يعمله إذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فإن عمله ضمن نصيب شريكه . ولهذا لو قال أحدهما اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لأنه نقل حصته بغير إذنه ، وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ماكان أذن له فيه (قوله ويده) أى يد الشريك مطلقا (فى المال يد أمانة لأنه قبض المال بإذن المالك لاعلى وجه البدل والوثيقة) فيكون أمانة ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه على وجه إعطاء البدل فيكون مضمونا ، بخلاف الرهن فإنه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين . وإذا كان مقبوضا على الوجه الذى ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة .

واعلم أن جميع الأمانات إذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل إلا فى مسائل : إحداها إذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذى كان فى يده فإنه لايضمن لشريكه نصيبه . والأخرى فى السير إذا أودع الإمام بعض الغنائم فى دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات . ونذكر الثالثة فى الوقف إن شاء الله تعالى .

[فروع فى اختلاف المتفاوضين] قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ؛ ولو ادّعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنكر والمال فى يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه ، وعلى المدعى البينة لأنه يدّعى العقد واستحقاق ما فى يده وهو منكر ، فإن أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذى فى يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعى بنصفه لأن الثابت بالبينة كالثابت بالإقرار ، وجميع ماذكر مقتضاه انقسام ما فى يده فيقضى بذلك . فلو ادعى الذى فى يده المال بعد ذلك أن هذا العين لى ميراثا مما فى يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبى يوسف لأن ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما فى يده ، وبينة المقضىّ عليه فى إثبات الملك لاتقبل إلا أن يدعى تلقى الملك من قبل المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة . ولو ادّعى ذو اليد عينا فى يده أنها له خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لأنه إنما ادّعى تلقى الملك منه ؛ ولو ادعى أنه مفاوضة والمال فى يد المدعى عليه فأقرّ وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان فى يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت . والفرق لأبى يوسف أن ذا اليد هنا مقرّ بالمفاوضة مدع للميراث ، ولا منافاة بينهما ، وقد أثبت دعواه بالبينة ، وفى الأول ذو اليد جاحد مدّعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ؛ ألا ترى أنه لو لم يكن أقام البينة فى صورة الإنكار لم يستحلف خصمه ، وإذا مات أحد المتفاوضين والمال فى يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحىّ ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشىء فيما فى يد الحى لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ، ولأنه لاحكم فيما شهدا

واعترض بأن الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت فى ضمن شىء آخر لامحالة ، والوكيل الذى كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره ، فالوكيل الذى تثبت وكالته فى ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره . وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم : كم من شىء يثبت ضمنا ولايثبت قصدا كبيع الشرب وغيره ، والشبهة وجه القياس فى هذه المسئلة ، وجوابها وجه الاستحسان . وقوله (لاعلى وجه البدل) احترازعن المقبوض على سوم الشراء ، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن (قوله والوثيقة) احترازعن الرهن فإن المرهون مقبوض لأجل الوثيقة .

(قوله وأجيب بذلك الجواب المشهور الخ) أقول : وسيجىء نظير هذا من الشارح أيضا فى آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث .

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا . وقال زفر والشافعى : لاتجوز لأن هذه شركة لاتفيد مقصودها وهو التثمير لأنه لابد من رأس المال ، وهذا لأن الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى المال على أصلهما على ماقرزناه . ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل ، لأنه لما كان وكيلا فى النصف أصيلا فى النصف تحققت الشركة فى المال المستفاد ، ولايشترط فيه

به فى المال الذى فى يده فى الحال لأن المفاوضة فيما مضى لاتوجب أن يكون المال الذى فى يده فى الحال من شركتهما إلا أن يقيموا أنه كان فى يده فى حياة الميت أو أنه من شركتهما فإنهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه . ولو كان المال فى يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا أن أباهم مات وترك هذا ميراثا من مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاحدون ، فإنما يقيمونها على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما فى أيديهم فيقضى له بنصفه ، وصحح شمس الأئمة أن هذا قولهم جميعا ؛ ولو قالوا : مات جدنا وتركه ميراثا لأبينا وأقاموا البينة على هذا لاتقبل فى قول أبى يوسف وتقبل فى قول محمد ، كما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ماشهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة . وإذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان فى يد صاحبه وأن قاضى بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وأنه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه أو غيره ، فإن كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الأول ونقض له وإن لم يعلم ، أو كان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذى أنفذه عليه لأن كلا منهما صحيح ظاهرا فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويترادان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الأبدان وشركة الأعمال (فنحو الخياطين والصباغين يشتركان فى أن يتقبل كل الأعمال) أونحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا . وقال الشافعى : لايجوز لأنها شركة لاتفيد مقصودها) أى المقصود منها ، وفى بعض النسخ : مقصودهما بالتثنية أى الشريكين (وهو التثمير) أى الربح (لأنه لابد) فى الربح (من رأس المال) لأنه يبنى عليه على ماقررناه فى الخلاف فى عدم اشتراط الخلط (ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لايقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضا كما مر ، فجاز بالتوكيل بأن وكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا فى نصف العمل المتقبل ووكيلا فى نصفه الآخر فتتحقق الشركة فى المال المستفاد عن ذلك العمل ، فإن عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه ، وإن عمل أحدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه ، وهو جائز لأن المشروط مطلق العمل لاعمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه؛ ألا ترى أن نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمله ويدفعه إلى مالكه فتطيب له الأجرة . ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لايجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت ، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه)

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر . وقوله (لاتفيد مقصودهما) أى مقصود الشريكين وهو التثمير ظاهر . وفى بعض النسخ : لاتفيد مقصودها ، أضاف المقصود إلى الشركة وإن كان المقصود للشريكين بأدنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أى فى هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله ، قالا : إن اتفقت الأعمال كالقصارين اشتركا أو صباغين جاز ، وإن اختلفت كصباغ

اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لأن المعنى المجوّز للشركة وهو ماذكرناه لايتفاوت (ولوشرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز) وفى القياس: لايجوز لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه، ولكنا نقول: ما يأخذه لايأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس، وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوّم به فلا يحرم،

أى فى جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك). وأورد عليه أنه قدم فى اشتراط الخلط لزفر أن من ثمراته عدم جواز شركة التقبل، وهو ينافى اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان. أجيب بأن عن زفر فى جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما فى المبسوط، ففرّع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه فى تجويزها. ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لأن المعنى المجوّز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لايتفاوت) بين كون العمل فى دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه (قوله ولو شرطا العمل نصفين) يعنى التساوى فى العمل والربح أثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفى القياس لايجوز) وهو قول زفر (لأن الضمان هنا إنما هو بقبول العمل) أى لأنه لامال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط

وقصار اشتركا لايجوز لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذى يتقبله صاحبه، فإن ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق مقصود الشركة: ولنا أن المعنى المجوّز للشركة وهو ماذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لاتتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما، أما الأول فلأن التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لايحسن لأنه لايتعين على المتقبل إقامة العمل بيديه، بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه، وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا. وأما الثانى فلأن أحد الشريكين لوعمل فى دكان والآخر فى دكان آخر لايتفاوت الحال وهو ظاهر. فإن قيل: قد تقدم أن من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعى فى مسئلة الخلط أن شركة التقبل لاتجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله فى جوازها إذا كانت الأعمال متفقة؟ أجيب بأن زفر له فى هذه المسئلة: أعنى الخلط قولان، فذكر المصنف فى تلك المسئلة حكم الرواية التى يشترط فيها خلط المال، وذكر هنا حكم الرواية التى لايشترط ولكن أطلق فى اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا (قوله ولو شرطا العمل نصفين) أى إذا شرطا فى شركة التقبل ولم يكن مفاوضة أن يكون العمل نصفين والربح الحاصل أثلاثا جاز استحسانا. والقياس أن لاتصح لأن الضمان بقدر ماشرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه: أى إلى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه فى أن التفاوت فيها فى الربح لايجوز إذا كان المشترى بينهما على السواء، وأما إذا اشترطا التفاوت فى ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ فى الربح فى شركة الوجوه أيضا. وقوله (ولكنا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحا، لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا: لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوى خمسة عشر جاز لما أن الربح لايتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم، فإذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوّم به ولا يحرم لأنه لم يؤد إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق وهو الثمن الواجب فى ذمتهما دراهم كانت أو دنانير والربح يتحقق فى الجنس المتفق.

بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق فى الجنس المتفق ، وربح مالم يضمن لايجوز إلا فى المضاربة . قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها استحسان . والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة

التفاضل فى ربح مايباع مما اشترى بالوجوه ، وأما كون التفاضل يجرى فيها إذا شرطا التفاوت فى ملك المشترى، فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهما يكون للآخر ربعه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك فى الحقيقة عدم التفاوت فى الربح . قلنا : المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح ، وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال ، وإنما يقال له ربح مجازا وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير : أى بحسب التراضى ، فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضى أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحذق فى العمل وأهدى، وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا ، وصححوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لابحقيقة العمل، ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم . وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ماهو مال فيتحقق بالتفاوت فى الربح ربح مالم يضمن ، وهو لايجوز إلا فى المضاربة على خلاف القياس . هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة . والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر ، فإنه نص فى شركة الوجوه التى شبه بها على ذلك فى شرح الطحاوى فقال : وينبغى أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطا الربح ، بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله ، وللشريك الذى لم يتقبل العمل أن يطالب ربّ الثوب مثلا بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه وإن كان إنما عمله الذى تقبله . قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ماتقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الأجرة (ظاهر) فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفى غيرها) وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان (استحسان) فلا فرق فى ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه ، وبهذا علمت أن لافرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا فى أن المنعقد عنان

وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لوجاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن، وذلك لايجوز إلا فى المضاربة ، وإنما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل فى جانب المضارب وبمقابلة المال فى جانب رب المال وليس واحد منهما فى شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلايجوز (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر . وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) أى يبرأ دافع الأجرة إلى كل واحد من الشريكين ، قيل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع إليه : أى إلى صاحب الثوب مثلا لو أخذ أحد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا إلى صاحبه برئ من الضمان . وقوله (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها) وهو العنان (استحسان) أى معنى الكفالة بطريق الاستحسان . والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة

والكفالة مقتضى المفاوضة . وجه الاستحسان أن هذه الشركة (مقتضية للضمان ؛ ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل . قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لأنه لايشترى بالنسيئة إلامن كان له وجاهة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة فى الأبدال . وإذا أطلقت تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهى جائزة عندنا خلافا للشافعى ، والوجه من الجانبين ماقلمناه فى شركة التقبل . قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيا يشتريه) لأن التصرف على الغير لايجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة (فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان

(والكفالة مقتضى المفاوضة. وجه الاستحسان أن هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع (مقتضية للضمان) فى القدر الذى ذكرناه ، لا أنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الأجرة بعض ما سمى للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى) هذا العقد وإن كان عنانا (مجرى المفاوضة فى ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البدل) وإن لم يتقبل ضرورة ، بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ، ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لايصدق على صاحبه إلا ببينة ، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها : ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شىء للآخرين لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل ، لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر ، فإذا عمل الكل كان متطوعا فى الثلثين فلا يستحق إلا ثلث الأجر (قوله وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجههما) أى بوجاهتهما وجاههما والربح بينهما ، لأن الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير أن الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل (وأنها تكون مفاوضة) بأن يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا فى الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة فى الأبدال) أى الأثمان والمبيعات ، وإن فات

من مقتضاها حتى تثبت وإن لم تذكر ، وإنما هى مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ؛ ألا ترى أن مايتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (ولهذا) أى ولكون العمل مضمونا (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله) أى تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الأجر لأن الغرم بإزاء الغنم ، فإذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل) وفى وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل ، وإنما قيد بجريانه مجرى المفاوضة فى هذين الشيئين لأن فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا : إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان أو صابون أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ، وتلزمه خاصة لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد، ونفاذ الإقرار يوجب المفاوضة . قال(وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشترك الرجلان ولا مال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أى بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أى على كونهما يشتريان بوجوههما : أى سميت شركة الوجوه لأنه

(قوله وفى وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول : يمكن أن يستعان فى دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعى فى شرح الكنز .

والربح كذلك يجوز ، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه ، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك) وهذا لأن الربح لايستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فربّ المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل ، والأستاذ الذى يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ، ولايستحق بما سواها ؛ ألا ترى أن من قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى . واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على مابينا والضمان على قدر الملك فى المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا فى المضاربة والوجوه ليست فى معناها ، بخلاف العنان لأنه فى معناها من حيث أن كل واحد منهما يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها ، والله أعلم.

شىء مما ذكرنا كانت عنانا لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا . ومنعها الشافعى ومالك ، والوجه من الجانبين تقدم فى شركة الأعمال . ونقول : صحة العقد باعتبار صحة الوكالة ، وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو أثلاثا صحيح ، فكذا الشركة التى تضمنت هذه الوكالة ، وتقدم معنى الباقى غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن فى شركة الوجوه لايصح التفاوت فى الربح ويصح فى العنان مع أن الربح فى كل منهما من جنس الأصل ، ففرق بأن شركة العنان فى معنى المضاربة من حيث أن كلا عامل فى مال صاحبه ، بخلاف شركة الوجوه فصح إعمال شبه المضاربة فى العنان فى إجازة تفاوت الربح ، بخلاف الوجوه .

والحاصل أن شبه المضاربة إنما جوّز زيادة ربح أحدهما فى العنان باعتبار عمله فى مال الآخر وليس فى شركة الوجوه أحدهما عامل فى مال الآخر ، وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق فى المضاربة على خلاف القياس وإلا لم يجز إلحاق غيره به لشبهه به ، بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعانى الثلاثة ، منها العمل وإن كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل فى الإجارة ، وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن فى العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض فى العنان ، ونحن إنما لم نجوّزها لأدائها إلى ربح مالم يضمن ، لأن فى جعل رأس مال الشركة عروضا ربح مالم يضمن لا فى مقابلة عمل للمستحق فى مال الآخر لأنه يلزم من أول الأمر عند بيع العروض متفاوتة الثمن . فإن قيل : لم لايجوز باعتبار فضل العمل كما فى الصنائع ؟ أجيب بأنه إنما يجوز فيما يكون العمل فى مال معلوم كما فى العنان والمضاربة ولم يوجد هنا .

لايشترى بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة إذا كان الرجلان من أهل الكفالة لأنه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة فى الأبدال : أى الثمن والمثمن ، فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين ، ولابد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم . وإذا أطلقت كانت عنانا لأن المطلق ينصرف إليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهى أى شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ، والوجه من الجانبين مابيناه فى شركة التقبل وهى أن الربح عنده فرع المال ، فإذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة . وقلنا إن الشركة فى الربح مستندة إلى العقد إلى آخره (قوله ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أى فى الربح ، وإن شرط لأحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) إشارة إلى تحتم المساواة فى اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقى فإنه يجوز أن يلقى بأقل من النصف ولايستحق بما سواها . فإن قيل : لم لايجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره فى الأمور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة ؟ أجيب بأن اشتراط الزيادة فى الربح بزيادة العمل إنما يجوز إذا كان فى مال معلوم كما فى العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله ألا ترى) توضيح لقوله ولايستحق بما سواها (قوله واستحقاق الربح فى شركة الوجوه) عود إلى المبحث لإتمام المطلوب يعنى أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة إلى ما ذكره فى شركة التقبل بقوله

(قوله قيل هو إشارة إلى ماذكره فى شركة التقبل بقوله الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الاستحقاق فى شركة الوجوه ليس بالعمل .

(فصل فى الشركة الفاسدة)

(ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد ، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شىء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة ، والتوكيل فى أخذ المال المباح باطل

(فصل فى الشركة الفاسدة)

وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدّى وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدّى (فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا الاشتراك فى كل مباح) كأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها ، وكذا فى نقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية ، وكذا إذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا ؛ أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع ، وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لأن هذه شركة الأبدان كالصباغين ، ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال : «اشتركنا أنا وعمار وسعد يوم بدر : فلم أجئ أنا وعمار بشىء وجاء سعد بأسيرين فأشرك بينهم النبىّ صلى الله عليه وسلم» . أجيب بأن الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى ، فيمتنع أن يشترك هؤلاء فى شىء منها بخصوصهم . وفعله صلى الله عليه وسلم إنما هو تنفيل قبل القسمة ، أو أنه كان قدر مايخصهم . وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبى صلى الله عليه وسلم

لأن الضمان بقدر العمل ، فالزيادة عليه ربح مالم يضمن . وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق الخ : وتقرير كلامه : استحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا فى المضاربة فإنه يصح فيها لما ذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه : أى شركة الوجوه ليست فى معناها لأن المال فيها . مضمون على كل واحد من الشريكين ، وأما المال فى المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على ربّ المال ، بخلاف العنان لأنه فى معناها من حيث أن كل واحد يعمل فى مال صاحبه كالمضارب يعمل فى مال ربّ المال فيلحق بها قيل فيه نظر لأن ربح مالم يضمن لو جاز فى العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض فى العنان لأن العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح مالم يضمن موجودة ، لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدى إلى ربح ما لم يضمن . والجواب أن العنان بالعروض لو كان مؤديا إلى ربح مالم يضمن فقط لاغتفرناه ، ولكن انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة ، وليس فى المضاربة ما يقتضى اعتقاده حتى يلحق به ، وهذا الجواب ينزع إلى تخصيص العلة : فإما أن يلتزم مساغه ، أو يصار إلى مخلصه المعلوم فى الأصول .

(فصل فى الشركة الفاسدة)

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لايخفى على أحد وكلامه واضح .

(قوله وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول : فيه بحث (قوله فإنه يصح فيها لما ذكرنا) أقول : فى رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول : والأولى عندى فى الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن فى المضاربة على خلاف القياس ، ولهذا يقتصر على مورد النص وهى الدراهم والدنانير ، فالتشبيه بها لا يكون علة إلا لتجويزه فيما يجوز فيه فليتأمل .

(فصل فى الشركة الفاسدة)

لأن أمر الموكل به غير صحيح ، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبا عنه ، وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح ، فإن أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد . وعند أبى يوسف لايجاوز به نصف ثمن ذلك ، وقد عرف فى موضعه .

يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لأن أمر الموكل به) أى بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته (والوكيل يملكه) أى يملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائبا) عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل ، وهذا لم يوجد هاهنا . فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة . واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فإنه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده . وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن يقدر عليه .
وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على إثباته الولاية عليه فى ذلك ، والكلام فى التوكيل بخلافه ، وإنما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد إليه ، فإذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا إذا استولى عليه بقصده لنفسه ، فأما إذا قصد ذلك لغيره فلم لايكون للغير ؟ يجاب بأن إطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء فى ثلاث » لايفرق بين قصد وقصد (قوله فإن أخذاه جميعا) يعنى ثم خالطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما ، وإن لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما ، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد إلى النصف لأنهما استويا فى الاكتساب وكان المكتسب فى أيديهما ، فالظاهر أنه بينهما نصفان ، والظاهر يشهد له فى ذلك فيقبل قوله ، ولا يصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة لأنه يدعى خلاف الظاهر (وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل) لوجود السبب منه (وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه أحدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد ، وعند أبى يوسف لايجاوز به نصف ثمن ذلك) وقوله (وقد عرف فى موضعه) يعنى كتاب الشركة من المبسوط ، فإنه ذكر فيه وجه قول كل منهما ، فوجه قول محمد أن المسمى

(قوله لأن أمر الموكل به غير صحيح) والوكيل يملكه دليلان على المطلوب. تقرير الأول المدعى أن التوكيل فى أخذ المباح باطل لانه يقتضى صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح ، وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادف غير محل ولايته. وتقرير الثانى التوكيل بأخذ المباح باطل لأن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ، ومن تملك شيئا بدون أمر الموكل لايصلح أن يكون نائبا عنه لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل ، وهذا المعنى لايتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت : ونوقض الثانى بالتوكيل بشراء عبد غير معين ، فإن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائبا عن الموكل. والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد ، وصورة النقض ليست كذلك فإنه لايملكه إلا بالشراء . وقوله (فللمعين أجر مثله بالغا مابلغ عند محمد . وعند أبى يوسف لايتجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه) أى فى كتاب الشركة من المبسوط . قيل تقديم ذكر محمد على أبى يوسف رحمهما الله فى الكتاب ، وكذا تقديم دليل أبى يوسف

(قوله لأنه صادف غير محل ولايته) أقول : وفيه بحث لانتقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثانى (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقض (قوله قيل تقديم ذكر محمد) أقول : القائل هو الإتقانى.

قال (وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذى استقى ، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل)

مجهول إذ لم يدر أىّ نوع من الحطب يصيبان ، وهل يصيبان شيئا أو لا ، والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ . وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيئا ، وفيما إذا أصابا أنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه من النصف وكونه مجهولا فى الحال فهى حالة على شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع ، بخلاف ما إذا لم يصيبا شيئا فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فحينئذ أجر المثل بالغا ما بلغ . وقوله (لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول . وقوله (نصف ثمن ذلك[1]) بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل .

[فرع] لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما ، ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه

(قوله وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء وما تحصل بينهما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية فى الأصل هو الجمل الذى يحمل عليه الماء سمى به لأنه يرويه ، ويقال رويت للقوم : إذا سقيت لهم ، وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهى الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء ، فعلى الأول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر ما لكل واحد فما رزقا فهو بينهما ، ، وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتى على أن ثمنه بيننا ، ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن أجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة فى عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل ، لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومةٍ ببدل معلوم كان الأجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين ، بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤاجر البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ، ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر فى شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة فى ذلك البيت ، وإن أجر البعير أو البغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد ، فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الأجر على قول أبى يوسف ،

على دليل محمد فى المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد . وجه قول أبى يوسف أنه رضى بنصف المجموع وإن كان ذلك مجهولا فى الحال لأنه يعلم فى المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فإنه بعرضية أن يصير معلوما عند الجمع ، فإذا كان راضيا فى الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع فى الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لأنه يعتبر رضاه فى إسقاط حقه عن مطالبة الزيادة . ووجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أى تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لأنه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدرى أىّ نوع من الحطب يصيبان وأى قدر منه يجمعان ، ولا يدريان أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه ، فإذا كان كذلك لا يمكن أن يقال إن المعين رضى بنصف المسمى من الحطب أو غيره لأن الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الأجر بالغا ما بلغ . ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الأجر بالغا ما بلغ فهاهنا أولى لأنهما أصابا . وقوله (وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية) الراوية فى الأصل بعير السقاء لأنه يروى الماء : أى يحمله ثم كثر حتى استعمل فى المزادة وهى المرادة هنا . قال أبو عبيدة : المزادة

---

(١) فى الشرح تقديم وتأخير مخالف لترتيب الحاشية كما سبق فى أمثال ذلك ، مصححه .

أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره .(وكل شركة فاسدة فالربح فيهما على قدر المال ، ويبطل شرط التفاضل) لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره ، كما أن الريع تابع للبذر فى الزراعة ، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال (وإذا مات أحد الشريكين أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة ، ولا بد منها لتتحقق الشركة على

وبالغا ما بلغ على قول محمد ، وكذا لو دفع دابته إلى رجل ليؤاجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الأجر كله لمالك الدابة ، وكذا فى السفينة والبيت لما بينا ، إذ تقديره أنه قال بع منافع دابتى ليكون الأجر بيننا ، ثم الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره ، وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا ، بخلاف مالو دفع إليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها ، لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها ، والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسب ماله . وعلى الثانى أن يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيهاعلى البغل فالشركة فاسدة ، وهو ظاهر قول الشافعى ، وبه قال أحمد ، والأجر كله للذى استقى ، وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل ، وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة . وجمع المزادة مزاد ومزايد (أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الأجر فلأن المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كألف لأحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا ، وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ، ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لأن الربح فى) وجوده (تابع للمال) وإنما طاب على التفاضل بالتسمية فى العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ، ونظيره البزر فى المزارعة والريع الزيادة (قوله وإذا مات أحد الشريكين أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عنانا إذا قضى بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة ، وإن لم يقض القاضى بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع ، فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة ، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف ، فإن لم يقض القاضى بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة ، وإن مات بطلت من وقت الردة ، وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند أبى حنيفة رحمه الله ؟ لا . وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجى . وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة : أى مشروط ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فإنها لايتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما فى مال الآخر ، ولاتبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة ، وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل وبطلانها بالالتحاق لأنه موت حكمى على ما بيناه من قبل فى باب أحكام المرتدين ، ولافرق فى ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك

لاتكون إلا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد . وقوله (لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره) فيه نظر ، لأن الربح عندنا فرع للعقد كما مر ، وكل فرع تابع ، وكونه تابعا للمال إنما هو مذهب الشافعى رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا . والجواب أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجودا ، وهاهنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لأنه شرط ، فإن العلة إذا لم تصلح لإضافة الحكم إليها تضاف إلى الشرط . والريع

مامر ، والوكالة تبطل بالموت ، وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضى بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ، ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمى ، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة ، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدى ، والله أعلم .

بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لاتنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكمى فإن ملكه يتحول شرعا إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه ، وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك ، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدى لأنه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه ، وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لأنه لو كان عروضا فلا رواية فى ذلك عن أصحابنا ، وإنما الرواية فى المضاربة وهى أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف ، فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط ، وإن كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوى الشركة كالمضاربة فقال لاتنفسخ ، وبعض المشايخ قالوا : تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضا وهو المختار ، وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة فى أيديهما معا وولاية التصرف إليهما جميعا فيملك كل نهى صاحبه عن التصرف فى ماله نقدا كان أو عرضا ، بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه .

[فروع] إنكار الشركة فسخ . وقوله لا أعمل فسخ ، حتى لو عمل الآخر كان ضامنا لقيمة نصيب شريكه . وفى الخلاصة : قال : أحد الشريكين لصاحبه : أنا أريد أن أشترى هذه الجارية لنفسى فسكت فاشتراها لاتكون له . ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له . ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضى أم سخط ، بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لايملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه اهـ . وهذا غلط ، وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ماذكر فى التجنيس ، فإن أحد المتفاوضين لايملك تغيير موجبها إلا برضا صاحبه ، وفى الرضا احتمال : يعنى إذا كان ساكتا ، والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص . ولا يشكل على هذا ماذكر فى الخلاصة فى ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رءوس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحى لشركتهم فشارك الحاضران آخر على أن ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال

عبارة عن الزيادة ، يقال : أخرجت الأرض ريعا : أى غلة لأنها زيادة . وقوله (على مابيناه من قبل) إشارة إلى ما ذكره فى باب أحكام المرتدين فى قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه إلى قوله ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الإسلام الخ . وقوله (لأنه) أى الموت (عزل حكمى) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ؛ ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته . وقوله (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت . واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت فى ضمن الشركة ، وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ، ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع . وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لاتصح الشركة بدون الوكالة ، أشار المصنف إلى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها أى الوكالة لتتحقق الشركة ، وإذا كانت شرطا لايتحقق بقاء المشروط بدونه . وقوله (لأنه) أى الفسخ (عزل قصدى) فيتوقف على العلم .

(فصل)

وليس لأحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا بإذنه ، لأنه ليس من جنس التجارة ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى زكاته ، فإن أدى كل واحد منهما فالثانى ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم ، وهذا عند أبى حنيفة : وقالا : لايضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أدّيا على التعاقب ، أما إذا أدّيا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ، وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه . لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن فى وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما فى وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن

سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشىء فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكيه لاضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لأن هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل .

(فصـــل)

لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردها بفصل وأخره (قوله وإذا أذن كل أن يؤدى زكاة أمواله إذا حال الحول فحال فأدى) وقد أدى الآذن المالك ضمن لشريكه ما أداه (علم بالأداء أو لم يعلم عند أبى حنيفة رحمه الله)وعندهما لايضمن مالم يعلم بأدائه ، هكذا ذكر فى كتاب الزكاة من المبسوط . ونقل الولوالجى أن فى بعض المواضع لايضمن عندهما وإن علم بأداء المالك ، ونص فى زيادات العتابى أن عندهما لايضمن علم بأدائه أولم يعلم قال : وهو الصحيح عندهما ، وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا إلى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة)وهذا الخلاف فيما إذا أديا على التعاقب ، فإن أديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند أبى حنيفة . وعندهما لايضمن ذكره فى المبسوط وزيادات العتابى وعلل فيما نقل عن المبسوط بأن زكاة كل منهما تقع بما أداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ، ولايخفى أنه لايفيد لأنه بعد تسليم أن أداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لاينعزل إلا بعد العلم والكلام فيه . وجه قولهما فى خلافية الكتاب أنه أدّاه بالأمر ولا ضمان مع الأمر . ولا يقال : إنما أمره بأداء ماهو زكاة . لأنا نقول : ليس هذا من وسع الوكيل لأن وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة

(فصـــل)

ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها فى فصل على حدة ، وكلامه واضح لايحتاج إلى شرح سوى ماتذكره . وقوله (أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعنى عند أبى حنيفة خلافا لهما .

(فصـــل)

وليس لأحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا بإذنه الخ

المأمور علم أو لا . ولأبى حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر . وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمى . وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فرق . ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار . وفى مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصودا فيه دون دم الإحصار .

الموكل كنيته ، وإنما يلزمه ما فى وسعه وليس فى وسعه إلا الأداء . ولهذا لو دفع إلى رجل ليقضى بها دينا عليه ثم أدّى الدافع الدين لايضمن إذا دفع ولم يعلم ، وصار أيضا كدم الإحصار إذا ذبح المأمور بعد زوال الإحصار . (ولأبى حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدّى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفا ، وهذا لأن الظاهر أن لايلتزم الضرر) بتنقيص المال إلا لدفع الضرر الدينى وقد خلا أداؤه عن ذلك (فصار بأدائه معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمى) لايتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا ، وأما ما التزمتم به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم أبى حنيفة الجواب فيهما ، وقيل بل هو على الاتفاق . والفرق (أن الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لأنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار) أدرك الحج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفى مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين : فالفرق أنه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت

وقوله (لأن الظاهر أنه لايلتزم الضرر) يعنى أداء بعض ماله على يد الوكيل إلا لدفع الضرر : أى بقاء الواجب فى ذمته . وقوله (لأنه عزل حكمى) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين ، فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل ، فإن علم بأداء الموكل فهو ضامن ، وإن لم يعلم لم يضمن شيئا ، فقد فرق هناك بين العلم وعلمه مع أنه حصل العزل الحكمى هناك أيضا بأداء الموكل . وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمونا على القابض على ماهو الأصل ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداؤه موجبا عزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله بأداء الموكل لألحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكا ، وهاهنا لو لم يوجب الضمان أدى إلى لحاق الضرر بالموكل لأنه لايتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه ، والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال . واعترض عليه أيضا بأن زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله ، وحال ما يؤدى عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الأداء . وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه فى حال استقرار الزكاة على الآمر ، وعند مايؤدى الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف فى هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره فلذلك ضمن . وقوله وأما دم الإحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار ؛ وتقديره أنا لانسلم أن المأمور بذبح دم الإحصار لايضمن إذا ذبح بعد زوال الإحصار ؛ ولئن سلمنا أنه لايضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الإحصار ليس بواجب البتة لأنه

(قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول : وفى شرح الإتقانى والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الأجناس : من أصحابنا من قال إن هذا الجواب عن قولهما ، فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل فى جميع الأحوال ، فعلى هذا لايحتاج أبو حنيفة إلى الفرق .

(قوله واعترض عليه أيضا ، إلى قوله : وأجيب عنه بأنه أمره الخ) أقول : هذا الاعتراض والجواب للإتقانى .

قال (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشترى جارية فيطأها ففعل فهى له بغير شىء عند أبى حنيفة ، وقالا : يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة (وهذا) لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك. وله أن الجارية دخلت فى الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لايملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لايحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة

وإن كان الآخذ دائنه ، وهذا لأن عين الدين لايمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يفت لإمكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ، ولايخفى أنه لم يقع الجواب عن قولهما ليس فى وسعه إيقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه إلى المصرف وقد وجد ، وكونه عزلا حكميا لهما أن يمنعاه لأنه موقوف على كون الأمر صح بدفعه مقيدا بوقوعه زكاة وهو ممنوع ، وقد قيل إنه لما أمره بأداء الزكاة كان ناويا لها ، فلو بادر إلى الأداء وقع المأمور به ، فلما أخر حتى أدى الآمر كان بتأخيره متسببا لوقوعها غير زكاة ولا يخفى مافيه (قوله وإذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشترى جارية ويطأها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهى له بغير شىء عند أبى حنيفة ، وقالا : يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لأنه أدى دينا عليه من مال الشركة) لأن الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله أن الجارية دخلت فى الشراء على الشركة) جريا على موجب المفاوضة (إذ لايملكان تغييره فكان كحال عدم الإذن) ثم (الإذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) إذ (لايحل إلا فى ملك ولا يمكن إثباته بالبيع) الصادر من البائع لأحد الشريكين (لما بينا)من عدم ملكهما

لو صبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار فلم يكن أمرا مقصودا فلم يمكن أن يقال إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرى فعل المأمور عن المقصود ، بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمرا مقصودا ، وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن . وقوله (وإذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة ، وتقرير دليلهما أنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك ، وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة . وقوله (وهذا) بيان لقوله إنه أدى دينا عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة . ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن الجارية دخلت فى الشركة على البتات وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة ، وكل مادخل فى الشركة وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة فإنه لايرجع عليه صاحبه بشىء ، كما لو اشتراها قبل الإذن وأدى ثمنها من مال الشركة فإنه لايرجع عليه بشىء ؛ وبين دخولها فى الشركة بقوله (جريا على مقتضى الشركة) أى شركة المفاوضة ، فإن ذلك يقتضى دخول ماليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها . وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لأنهما لايملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها ؛ ألا ترى أنهما لو شرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة . فإن قيل : لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها ؟ أجيب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل إذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير إذن ، وقوله (غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فأشبه حال عدم الإذن فإنه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الإذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الإذن يحل ، فأزال ذلك بقوله غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه ، لأن الوطء لايحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع : يعنى لايمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه

فى ضمن الإذن ، بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة . وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة .

كتاب الوقف

تغيير مقتضى العقد ، ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وإن كان شائعا . واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكما للإحلال لكان قول الرجل للرجل أحللت لك وطء هذه الأمة تمليكا لها منه وهو منتف . وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التى لايملك المخاطب بالإحلال شقصا منها ، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الأجنبي ، فأما من له حق التملك كالأب والجد فالرواية غير محفوظة فى تملك الجارية بالإحلال .

كتاب الوقف

مناسبته بالشركة أن كلا منهما يراد لاستبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه ، إلا أن الأصل فى الشركة

لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ماذكره آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الإذن ، فكأنه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك فجازت الهبة فى الشائع لأن الجارية مما لاتقسم ، بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشترى خاصة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة ، وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا أنها دخلت فى الشركة . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر المال ففعل لايصير هبة عند أبى حنيفة ومحمد ، والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذى هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه . والثانى أن الملك يثبت فى نصيب الشركة بالهبة حكما للإذن بالوطء ، والملك لايثبت فى الجارية بالهبة حكما للإحلال ، فإن من قال لغيره أحللت لك وطء هذه الجارية لاتصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالإحلال . والجواب عن الأول أن ذلك إنما لايصير هبة لانتفاء القبض الذى هو شرطها ، وما نحن فيه ليس كذلك لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه . وعن الثانى أن المصنف رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله فى ضمن الإذن ، وجاز أن يثبت الشىء ضمنا ولا يثبت قصدا . قوله (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) ظاهر ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

كتاب الوقف

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى الخ) أقول : المسئلة مذكورة فى الأصول (قوله وعن الثانى أن المصنف أشار إلى ذلك بقوله فى ضمن الإذن : وجاز أن يثبت الشىء ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول : قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث ، فإن الهبة إذا ثبت حكما للإحلال يكون ثبوته ضمنا أيضا ، والأولى أن يقال : إن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التى لايملكها المخاطب بالإحلال شقصا منها ، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الأجنبى .

كتاب الوقف

مستبقى فى ملك الإنسان ، وفى الوقف يخرج عنه عند الأكثر ، ومحاسن الوقف ظاهرة وهى الانتفاع الدارّ الباقى على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الأحياء والموتى لما فيه من إدامة العمل الصالح ، كما فى الحديث المعروف « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية » الحديث ، ثم يحتاج إلى تفسيره لغة وشرعا ، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه . أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست ، قال عنترة :

ووقفت فيها ناقتى فكأنها فدن لأقضى حاجة المتلوّم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ، ويجتمعان فى قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف ، وأما أوقفته بالهمز فلغة رديئة . وقال أبو الفتح ابن جنى : أخبرنى أبو علىّ الفارسى عن أبى بكر عن أبى العباس عن أبى عثمان المازنى قال : يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقفت من كلام العرب . ثم اشتهر المصدر : أعنى الوقف فى الموقوف . فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقيل وقف وأوقاف كوقت وأوقات . وأما شرعا : فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها على من أحبّ وعندهما حبسها لاعلى ملك أحد غير الله تعالى الخ ، وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتى تمامه فلا حاجة لإفراده هنا أيضا . وإنما قلنا : أو صرف منفعتها لأن الوقف يصح لمن يحبّ من الأغنياء بلا قصد القربة ، وهو وإن كان لابد فى آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق . وسببه إرادة محبوب النفس فى الدنيا بين الأحياء . وفى الآخرة بالتقرب إلى ربّ الأرباب جل وعز . وأما شرطه فهو الشرط فى سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا ، وأن يكون منجزا غير معلق ، فلو قال : إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لايصير وقفا ، وأما الإسلام فليس بشرط ، فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ، ويجوز أن يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة ، وإن خص فى وقفه مساكين أهل الذمة جاز ، ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا إن خص صنفا منهم ، فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامنا وإن قلنا إن الكفر كله ملة واحدة . ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه ، وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف . ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسى شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والإسلام سبب للحرمان ، وهذا مبعد من الفقه ، فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع ، والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء مالم يكن معصية ، وله أن يخص صنفا من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع فى كلهم قربة ، ولا شك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لايعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء ؟ أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ، ولو دفع المتولى إلى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله ، والإسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال ، والسبب هو إعطاء الواقف المالك ، وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم ، فلو وقف على بيعة مثلا فإذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه

نص عليه الخصاف فى وقفه ولم يحك خلافا . ومعلوم أن خلاف أبى حنيفة فى الوصية فإنه إنما شرط أن يكون قربة عندهم ؛ فقال صاحب المحيط : الوقف كالوصية ، ولو أنكر فشهد عليه ذميان عدلان فى ملتهم قضى عليه بالوقف ، ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يجز لأنه ليس قربة عندهم ، بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قربة عندنا وعندهم . وأما المرتد إذا وقف حال ردته فنى قول أبى حنيفة هو موقوف إن قتل على ردته أو مات بطل وقفه . وقول محمد إذا انتحل دينا جاز منه ما نجيزه لأهل ذلك الدين . أما المرتدة فأبو حنيفة يجيز وقفها لأنها لاتقتل . وأما المسلم إذا وقف وقفا صحيحا فى أى وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته أو مات أو عاد إلى الإسلام إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام وحكى الخصاف فى وقف المرتدين خلافا بين أصحابنا مبنيا على الخلاف فى الذى يتزندق يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا . قال بعضهم : أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لأنى إن أخذته بالرجوع فإنما أرده من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك . وقال بعضهم : لا أقره على الزندقة . وأما الصابئة فإن كانوا دهرية يقولون مايهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة . وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقوفهم مايصح من أهل الذمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الإسلام ؛ ألا ترى إلى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكم بإسلامهم . وأما الخطابية فإنما لم يقبلوا لأنه قيل إنهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم . وقيل لأنهم يتدينون صدق المدعى إذا حلف أنه محق . ومن الشروط الملك وقت الوقف ، حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لاتكون وقفا لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها . هذا على أنه هو الواقف . أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذى سنذكره ، وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولى . وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط . ومن شرطه أن لايكون محجورا عليه ، حتى لو حجر القاضى عليه لسفه أو دين فوقف أرضا له لايجوز لأن حجره عليه كى لايخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاف . وينبغى أنه إذا وقفها فى الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لاتنقطع أن يصح على قول أبى يوسف . وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم ، هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والإجارة فليس بشرط . فلو أجر أرضا عامين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الإجارة ، فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعلها له من الجهات ، وكذا لو رهن أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا تخرج عن الرهن بذلك ، ولو أقامت سنين فى يد المرتهن

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هى أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال ، وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها أنا يتعدى ولايتعدى ، ووقفت الدار على المساكين وقفا وأوقفتها لغة رديئة ، وعرفه

قال الإتقانى : الوقف الحبس ، من قولهم وقفت الدابة إذا منعته من السير . قال صاحب الجمهرة : الوقف مصدر وقفت الدابة أوقفه وقفا ، وكذلك كل شىء حبسته ، وهو أحد ماجاء على فعلته ففعل . وقال ابن جنى فى شرح المتنبى : أخبرنى أبو على الفارسى عن أبى بكر عن أبى العباس عن أبى عثمان المازنى قال : يقال وقفت دارى وأرضى ، ولا يعرف أوقفت من كلام العرب انتهى . وفى شرح الكاكى : الوقف فى الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ، ومنه وقف أرضه على ولده لأنه حبس الملك عليه ، وقيل للموقوف وقف كقوله نسج اليمن وضرب الأمير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا الخ) أقول : فيه بحث لأن فى مصدر وقف اللازم يجىء وقوفا على ما اعترف به لاوقفا . والجواب أن مقصوده أنه مصدر وقفتها أنا ، وذكر وقفت الدابة لتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الأول دون الثانى .

فافتكها تعود إلى الجهة ، فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر مايفتك به افتك ولزم الوقف ، وإن لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقت ، وفي الإجارة إذا مات أحد المتآجرين تبطل وتصير وقفا . وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الإضافة إلى مابعد الموت وهو الوصية به أوأن يلحقه حكم به . وعند أبي يوسف لايشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا ، وعندمحمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما إلى متولّ . وأما ركنه فالألفاظ الخاصة كأن يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ، ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه . ولا بأس أن نسوق شيئا من الألفاظ : أرضي هذه صدقة ، أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لاتكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها أو بقيمتها ، فإن فعل خرج عن عهدة النذر وإلا ورثت عنه ، كمن عليه زكاة أو كفارة فمات بلا إيصاء تورث عنه ، وموقوفة فقط لاتصح إلا عند أبي يوسف ، فإنه يجعله بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء ، وهو قول عثمان البتي ، وإذا كان مفيدا لخصوص المصرف : أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لأن جهة الفقراء لاتنقطع . قال الصدر الشهيد : ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ، ونحن نفتي بقوله أيضا لمكان العرف ، وبهذا يندفع ردّ هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغنيّ والفقير ولم يبين فبطل ، لأن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم ، فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء ، بخلاف قوله محبوسة أو حبيس ، ولو كان في حبيس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة ، وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان كذلك وإلا سئل : فإن قال : أردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه ، أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها ، وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل . وقال في قوله جعلتها للفقراء إن تعارفوه وقفا عمل به وإلا سئل ، فإن أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر ، وكذا عند عدم النية لأنه أدنى ، فإثباته به عند الاحتمال أولى . واعترضه في فتاوى الخاصي بأنه لافرق بينهما ، وذكر في إحداهما إذا لم تكن له نية يكون ميراثا ، ولا يخفى أن كونه ميراثا لاينافي كونه نذرا لأن المنذور به إذا مات الناذر ولم يوفّ بنذره يكون ميراثا إلا أنه اقتصر على تمام التفصيل في إحداهما ، وإلا فلا شك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذرا . فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ، ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه ، وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا ، وكذلك حبس صدقة : وكذلك صدقة محرمة . قيل وحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز ، بخلاف مالو قال حبس أو محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كإفراد لفظ موقوفة . وفي النوازل : لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمر أو لايصير الكرم وقفا ، وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا ، وينبغي أن لاتدخل الثمار لما سنذكره ، ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لايختلف فيه ، كما لو قال مع

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بأنه حبس المملوك التمليك عن الغير . وسببه طلب الزلفى . وشرطه كون الواقف حرا بالغا عاقلا وكون المحل غير منقول . وركنه أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين . وحكمه خروج الوقف : أي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه ، وكلامه واضح ، وما عرّفه به

قال أبو حنيفة : لايزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا . وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول . وقال محمد : لايزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه إليه) قال رضي الله عنه : الوقف لغة . هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى . وهو في الشرع عند أبي حنيفة : حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية . ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لايصح ، فلايجوز الوقف أصلا عنده ، وهو الملفوظ في الأصل . والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود

ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على أنها العبارة الوافية ، إلا أن قوله في الأسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافا ، ولا ينبغي فإن التأبيد أن يجعله في أول الأمر أو آخره لجهة لاتنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك . وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله : لايزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم) أي بخروجه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول : إذا مت فقد وقفت داري على كذا) وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قدمنا صحة الوقف به ، وقال محمد (لايزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه إليه) بعد ذلك القول ، وبه أخذ مشايخ بخارى ، وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، وحقيقته ليس إلا التصدق بالمنفعة ، ولفظ حبس إلى آخره لامعنى له لا أن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه ، كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصدق بمنفعته ، وله أن يترك ذلك متى شاء ، وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا ، وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لايجيز الوقف ، وهو ما أراد المصنف . بقوله (وهو الملفوظ في الأصل) يعني المبسوط ، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لايجوز صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن ، وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم ، والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ، ومعلوم أن قوله لايجوز ولايجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لايجيز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلاخلاف إذن ، فأبو حنيفة لايجيز الوقف : أي لاتثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حاكم . وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه إن لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه .

[فرع] يثبت الوقف بالضرورة . وصورته أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أو لفلان وبعده للمساكين أبدا ، فإن هذه الدار تصير وقفا بالضرورة . والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت داري على كذا . قال المصنف : وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه

أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لايصح الوقف لأنه قال : والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لايصح . وقوله (وهو) راجع إلى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الأصل) يعني المبسوط ، ولكنه نقله بالمعنى لابعين لفظه ، فإن لفظ المبسوط : فأما أبو حنيفة فكان لايجيز ذلك ، ثم قال : فمراده أنه لايجعله لازما ، فأما أصل الجواز فثابت عنده كالعارية تصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ، ويجوز بيعه ويورث عنه ، ولا يلزم إلا بطريقين : قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه ، وإخراجه مخرج الوصية بأن يقول : أوصيت بغلة داري ، فحينئذ يلزم . وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، فيزول

منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث . واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل . لهما « قول النبيّ صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه حين أراد أن يتصدّق بأرض له تدعى ثمغ : تصدق بأصلها لايباع ولا

تعود منفعته إلى العباد ، ولايخفى أنه لاحاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله فى الأشياء لم يزل قط ولا يزال . فالعبارة الجيدة قول قاضيخان ، إلا أن عند أبى يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك فيلزم ولا يملك . وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد . وقال بعضهم : وللشافعى قول وهو رواية عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لامتناع السائبة . وعند مالك : هو حبس العين على ملك الواقف فلايزول عنه ملكه لكن لايباع ولا يورث ولا يوهب . وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعى وأحمد . لأنه صلى الله عليه وسلم قال «حبس الأصل وسبّل الثمرة» اهـ، وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقياس ثابت فى كل من القولين وهو خروجه لا إلى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه. مع منعه من بيعه وهبته ، وكل منهما له نظير فى الشرع ؛ فمن الأول المسجد وغيره ، ومن الثانى أم الولد يكون الملك فيها باقيا ولا تباع ولا توهب ولا تورث ، وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل . ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه ، فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقى على ماكان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق ، فإن الذى فى الحديث فى بعض الروايات « تصدق بأصله » مع أنه ليس على ظاهره وإلا لخرج إلى مالك آخر . ثم رأينا غيره بينه بقوله «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » أى بالثمرة أو الغلة ، وظاهره حبسها على ماكان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك . وكذا المعنى الذى استدل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف يفيد لزومه لاغير . والحاصل أنه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر «تصدّق» وقوله «حبس» والمفهومان مختلفان : لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه. ومعنى حبس احبسه : أى على ماكان . ولا يمكن أن يراد بهما إلا معنى أحدهما ، وإلا كان صلى الله عليه وسلم مجيبا لعمر رضى الله عنه فى حادثة واحدة بأمرين متنافيين . فإما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه إذ لايقول واحد من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبى حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا ، وإذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه . وصورة حكم الحاكم الذى به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى متول ، ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضى فيقضى القاضى بلزومه ، قالوا : فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب فى صك الوقف : فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدّق بثمنها ، لأنه إذا كتب هذا لايخاصم أحد فى إبطاله لعدم الفائدة له فى ذلك ، والوصية تحتمل التعليق بالشرط ، وإذا أبطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله ، كذا فى فتاوى قاضيخان . وينبغى أن يكون هذا إذا وقف فى صحته ، أما إذا كان وقف فى مرضه فينبغى أن يعتبر من الثلث ، وعلى هذا التقدير فقد يكون فى نقضه وبيعه فائدة للورثة ، فمحمل ما ذكر إذا لم يكن وقف فى المرض ، أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله واللفظ ينتظمهما) أى لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال

ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولايورث (قوله واللفظ) أى لفظ الوقف (ينتظمهما) : أى يتناول ما قاله أبو حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف ، وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح، فلا بد من دليل مرجح . ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله: لهما

يورث ولا يوهب » ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام . وقد أمكن دفع حاجته

الملك وعلمه . إذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت دارى أو حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما . فالترجيح : أى ترجيح الخروج وعلمه بالدليل . ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك . ومن قبله تفيد نفى كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب . ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة . وذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلا تنوين للعلمية والتأنيث . وفى غاية البيان أنها فى كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما فى دعد . قال محمد بن الحسن فى الأصل : أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمر « أن عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ . وقال : كان نخلا نفيسا . قال : فقال يارسول الله إنى استفدت مالا هو عندى نفيس أفأتصدق به ؟ قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدق بأصله لايباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ، قال : فتصدق به عمر فى سبيل الله وفى الرقاب والضيف والمساكين ولابن السبيل ولذى القربى لاجناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول فيه » وحديث عمر هذا فى الصحيحين وباقى الكتب الستة عن ابن عمر قال « أصاب عمر أرضا بخيبر ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرنى به ؟ قال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر لايباع أصلها ولا يورث ولا يوهب فى الفقراء والقربى والرقاب وفى سبيل الله والضيف » الحديث . وفى بعض طرق البخارى فقال عليه الصلاة والسلام : « تصدق بأصله لايباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته » ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام ، وقد أشار الشرع إلى إعمال مايدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذى بسنده إلى أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية . وعلم ينتفع به . وولد صالح يدعو له » ولا طريق إلى تحقق دفع هذه الحاجة وإثبات هذه الصدقة الجارية إلا لزومه . وتقرير المصنف بأنه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه ، ويمكن بإسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع إذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحناه من الأقوال فيما مضى ، ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهما لأنه إذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لاعتقاد الأئمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه . وقوله كالمسجد نظير ماخرج عن الملك بالإجماع لا إلى مالك ، وكذا

قول النبى صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه . روى صخر بن جويرية عن نافع « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا . فقال عمر : يارسول الله إنى استفدت مالا وهو عندى نفيس أفأتصدق به ؟ قال : تصدق بأصله . لايباع ولا يوهب ولا يورث . ولكن لينفق من ثمرته . فتصدق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله وفى الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذى القربى منه » ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا له غير متمول عنه ، وهذه الأرض كانت سهم عمر رضى الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه . وثمغ لقب لها وهى بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين

بإسقاط الملك وجعله لله تعالى ، إذ له نظير فى الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لاحبس عن فرائض الله تعالى » وعن شريح : جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس لأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف ؛ ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ، ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ، ولأنه لايمكن أن يزال ملكه ، لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة ، بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف .

الإعتاق ، وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أى لأبى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم « لاحبس عن فرائض الله » أسند الطحاوى فى شرح معانى الآثار إلى عكرمة عن ابن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس . وروى هذا الحديث الدارقطنى ، وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما . ورواه ابن أبى شيبة موقوفا على علىّ : حدثنا هشيم عن إسماعيل بن أبى خالد عن الشعبى قال : قال علىّ رضى الله عنه : لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع . وينبغى أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لايقال إلا سماعا وإلا فلا يحل ، والشعبى أدرك عليا وروايته عنه فى البخارى ثابتة . وأما حديث شريح فرواه ابن أبى شيبة فى البيوع : حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال : «جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس» . وأخرجه البيهقى وشريح من كبار التابعين ، وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله ولأن الملك الخ) ظاهر مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل . والأولى أنه إنما ذكره ليصل الدليل بالدعوى ، وتقريره أن حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف ، وتعلق حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ماهو الأصل ، فإما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أوله ، واتفقنا على أنه لايكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف ، وكذا الاستيضاح بنصب القوّام وصرف غلاته بحسب الأصل يكون عن ملكه للعين إلا أن يوجب موجب لامرد له خروجه عن

المعجمة . وقوله (إذ له نظير فى الشرع وهو المسجد) لبيان نفى استبعاد أن تخرج من ملك الواقف ولاتدخل فى ملك غيره ، فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو إخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل فى ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك فى الوقف . ولأبى حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام « لاحبس عن فرائض الله ») أى لامال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته ، لكنهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ، ولكنا نقول : النكرة فى موضع النفى تعم فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ماقام عليه دليل . وقوله (جاء محمد ببيع الحبيس) يدل على أن لزوم الوقف كان فى شريعة من قبلنا وأن شريعتنا ناسخة لذلك . وقوله (كالسائبة) هى الناقة التى تسيب لنذر ، وكان الرجل يقول : إذا قدمت من سفرى أو برئت من مرضى فناقتى سائبة . ومعناه أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث أن العين لاتخرج من أن تكون مملوكة له منتفعا بها ، فإنه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه ، فكذا إذا وقف أرضه أو داره . وقوله (بخلاف الإعتاق) جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق فإنه إزالة الملك الثابت فى العبد من غير تمليك لأحد .

(قال المصنف والملك فيه للواقف ؛ ألا يرى أن له ولاية التصرف) أقول : ومعنى الملك على ماسيجىء من الشراح فى أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعا فى المحل (قوله إلا ماقام عليه دليل) أقول : كالوصية .

وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لايجوز الانتفاع به، وهنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى: قال رضي الله عنه: قال في الكتاب: لايزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته: وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لايزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم، والمراد بالحاكم المولى، فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ.

ملكه، وأن تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق. وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن أن يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه، وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة، والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات. وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد بها. وأيضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقيا إذ لاتصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فأما الإعتاق فإتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك: وجواب شمس الأئمة أن الآدمي خلق مالكا غير مملوك، وإنما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود إلى ما كان، بخلاف ما سواه لأنها خلقت لتتملك فبالوقف لاتعود إلى أصل هو عدم المملوكية بل إلى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق، ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه، لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا: وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدبر. والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام «لايباع ولا يورث» إلى آخره. وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير، كل هؤلاء من الصحابة، ثم التابعين بعدهم كلها بروايات، وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه. وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه، وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لايزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وإن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلته إذ لايتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من إبطال

وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد. وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري: لايزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته. صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي بلزومه. وقوله (فالصحيح أنه لايزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة؛ فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك. وقيل لايزول وهو الصحيح لأن الواقف تصدق بالغلة وهو لايستدعي زوال أصل الملك، ولأنه تصدق بالغلة دائما، ولا يمكن التصدق بها هكذا إلا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه. والمراد بالحاكم المولى: أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء. وأما المحكم وهو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه

ولو وقف فى مرض موته قال الطحاوى: هو بمنزلة الوصية بعد الموت . والصحيح أنه لايلزمه عند أبى حنيفة ، وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال . وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبى يوسف وهو قول الشافعى بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك. وعند محمد لابد من التسليم إلى المتولى

الوصية ، وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا . وإنما يلزم بعد موته . وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لايقبل التعليق بالشرط . ولذا لو قال إذا متّ من مرضى هذا فقد وقفت أرضى إلى آخره فمات لم تصر وقفا وله أن يبيعها قبل الموت . بخلاف ما لو قال إذا متّ فجعلوها وقفا فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لاتعليق الوقف نفسه، وهذا لأن الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه . والتمليكات غير الوصية لاتتعلق بالخطر . ونص محمد رحمه الله فى السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى مابعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبى حنيفة . وعلى ماعرفت بأن صحته إذا أضيف إلى مابعد الموت يكون باعتباره وصية . قالوا : لو قال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتى صح . وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها . أما لو قال إن قدم ولدى فعلىّ أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به . فإن وقفه على ولده وغيره ممن لايجوز دفع زكاته إليهم جاز فى الحكم ونذره باق . وإن وقفه على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه ، وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من لبس كنفسه . فإن قلت: ينبغى أن لايصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب . قلت : بل من جنسه واجب . فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال . ولو قال : إن شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق . أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل ، بخلاف مالو قال إن كانت هذاه الدار فى ملكى فهى صدقة موقوفة ، فظهر أنها كانت فى ملكه وقت التكلم فإنها تصير وقفا لأنه تعليق على أمر كائن . والتعليق على أمر كائن تنجيز . والمراد بالحاكم : يعنى فى قوله أو يحكم به الحاكم القاضى . وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ، والصحيح أنه لايرفع الخلاف فللقاضى أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف فى مرض الموت قال الطحاوى : هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم بعد الموت لأن تصرفات المريض مرض الموت فى الحكم كالمضاف إلى مابعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله . والصحيح أنه لايلزم عند أبى حنيفة إلا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه إذا مات قبل الحكم إلا أن تجيز الورثة . وعندهما يلزم إلا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه فى الصحة . وفى فتاوى قاضيخان : مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف ، كما لو وقف دارا ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم ، وهذا بخلاف مالو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله ، فإن وقفه لازم لاينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالاتفاق لأنه لم يتعلق حقهم بالعين فى حال صحته (قوله وإذا كان المللك يزول عندهما يزول بالقول عند أبى يوسف وهو) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم

اختلاف المشايخ . قال فى كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى : وأما حكم المحكم فى اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالأصح أنه ينفذ ولكن لايفتى به (قوله وقال الطحاوى : هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعنى يلزم الوقف حينئذ على قول أبى حنيفة ، بخلاف الوقف فى الصحة فإنه لايلزم عنده . ثم قال الطحاوى فى مختصره : وقد روى محمد عن أبى حنيفة أن ذلك لايجوز منه فى مرضه كما لا يجوز فى صحته ، ثم قال : وهو الصحيح على أصوله .

لأنه حق الله تعالى، وإنما يثبت فيه فى ضمن التسليم إلى العبد لأن التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لايتحقق مقصودا ، وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة .

لأنه إسقاط الملك كالعتق. وعند محمد لابد لزواله من التسليم إلى المتولى لأن للواقف أن يجعله لله فيصير حقا له، وحقه إنما يثبت مسلما فى ضمن التسليم للعبد ، وهذا لأن الوقف تمليك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الأشياء لايتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة . ولايخفى أن التمليك لله تعالى لايتحقق لامقصودا ولا تبعا لأنه تحصيل الحاصل المستمر . ثم لاموجب لاعتباره حتى يحتاج إلى تكلف توجيهه لأن غاية مايوجبه الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا إلى أحد . وتوجه الخطاب بصرف غلته إلى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك ، فإذا فعل خرج من عهدة الواجب كما هو فى سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر . نعم يمكن أن يلاحظ التسليم إلى المستحق تسلما إليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبه فى قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالزكاة . ويمكن أن لايلاحظ شىء من ذلك بل المقصود ليس إلا فعل ما وجب بالوقف ، فلذا كان قول أبى يوسف أوجه عند المحققين . وفى المنية : الفتوى على قول أبى يوسف وهذا قول مشايخ بلخ . وأما البخاريون : فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم . وفى المبسوط : وكان القاضى أبوعاصم يقول قول أبى يوسف من حيث المعنى أقوى . إلا أنه قال : وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار : يعنى ما روى أن عمر جعل وقفه فى يد حفصة ، وغير ذلك . ورده فى المبسوط بأنه لايلزم كونه فعله ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير فى أمره ، وكذا جميع من ينصب المتولين لايخطر له غير تفريغ نفسه من أمره . وأما قول محمد رحمه الله : لو تم قبل التسليم إلى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لايصلح سببا للاستحقاق على المتبرع . فجوابه منع ذلك بأن التبرع بالسبب الموجب لخروج ما فى يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن فى يد سيده المعتق له، والناذر بالعين الكائنة فى يده هى وقيمتها يوجب عليه إخراج أحدهما من يده، وهذه أمور شرعية لاعقلية. ومما بنى على هذا الخلاف ماذكر من أن الواقف إذا شرط الولاية فى عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولأولاده وأخرجه من يده وسلمه إلى متول فهذا جائز نص عليه فى السير الكبير، لأن هذا شرط لايخل بشرائط الوقف ولو لم يشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده إلى قيم قال محمد: لا ولاية له والولاية للقيم ، وكذا لومات وله وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ، ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولى غيره ليس له ذلك . وقال أبويوسف : الولاية للواقف ، وله أن يعزل القيم فى حياته ويولى غيره أو يرد النظر إلى نفسه ، وإذا مات الواقف بطل ولاية القيم لأنه بمنزلة الوكيل عنده ، وهذا الخلاف بناء على أن عند محمد لايصح الوقف إلا بالتسليم إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية . وعند أبى يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف ، فإذا سلم إلى قيم كان وكيله ، وله أن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيما فى حياته وبعد موته ، وكذا يبتنى عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد

وقال المصنف: والصحيح أنه لايلزم عند أبى حنيفة لأن المباشرة فى المرض كالمباشرة فى الصحة حتى لايلزم ولايمنع الإرث كالعارية ، وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال (قوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه) أى يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى ، وإن كان لايثبت التمليك من الله تعالى قصدا فيأخذ التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله فينزل منزلة الزكاة والصدقة) يعنى ينزل التمليك من الله تعالى فى الوقف فى ضمن التسليم إلى العبد منزلة تمليك المال من الله

قال (وإذا صح الوقف على اختلافهم) وفى بعض النسخ : وإذا استحق مكان قوله إذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) لأنه لو دخل فى ملك الموقوف عليه لايتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه . قال رضى الله عنه : قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره . قال (ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف)

لاتصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد (قوله وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا فى قول عن الشافعى وأحمد أنه يدخل فى ملك الموقوف عليه إذا كان أهلا للملك إلا أنه لايباع ولا يتملك ، والمختار الأول لأنه لو دخل فى ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذى هو الواقف لأنه لاملك له فيه لكنه ينتقل للإجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا . ثم قال المصنف : وقوله أى القدورى (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لأن الصحة غير اللزوم وهو لم يقل إذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال : إذا صح وصحة العقد لاتستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والإجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر أنه تجوّز بالصحة عن اللزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبى يوسف) وعند محمد لايجوز ، والخلاف مبنى على

تعالى فى الزكاة حيث يتحقق التمليك منه فى ضمن التسليم إلى الفقير . قال (وإذا صح الوقف على اختلافهم) أى إذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث أنه يصح عندهما ولا يصح عند أبى حنيفة على ماهو الملفوظ فى الأصل ، والأصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف : يعنى على قول أبى يوسف ومحمد ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل فى ملكه جاز له إخراجه من ملكه كسائر أملاكه ، ولما انتقل إلى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق . وقوله (يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لايزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم ، وهذا الاستثناء إنما يحتاج إليه على قول أبى حنيفة فى حق زوال الوقف عن ملك الواقف ، وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم ، ثم الدليل الصحيح يقتضى عدم جواز الخروج عن الملك لأن الخروج يقتضى أن لايصح شرطه فى صرف الغلة كما إذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان ، فإن التصرف فى غير ملكه غير صحيح . والجواب عن الأول إنما ذكره فى الكتاب هاهنا إنما هو فى الصحة ، وما ذكره قبل هذا فإنما هو فى اللزوم ، والصحة لاتستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما لا قول أبى حنيفة ، إلا إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل . سلمنا أن الصحة هاهنا بمعنى اللزوم ولكن لايلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند أبى حنيفة لأن الوقف عنده معرف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، وذلك يمنع عن الخروج لا محالة .

(قال المصنف : وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره) أقول : يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الإطلاق ، فإن ماهو على شرف الزوال كأنه ليس بموجود ، وبقرينة النسخة الأخرى فإن الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبى حنيفة أيضا فليتأمل (قوله سلمنا أن الصحة هاهنا بمعنى اللزوم) أقول : فيه تأمل ، إذ حينئذ يشكل أمر

لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته . وقال محمد : لايجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا مايتم به ، وهذا فيما يحتمل القسمة ، وأما فيما لايحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضا لأنه يعتبر بالهبة والصدقة المنفذة إلا فى المسجد والمقبرة ، فإنه لايتم مع الشيوع فيما لايحتمل القسمة أيضا عند أبى يوسف ، لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ، ولأن المهايأة فيهما فى غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه فى وقت ويتخذ إصطبلا فى وقت ، بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة .

الخلاف فى اشتراط تسليم الوقف ، فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لأن القسمة من تمام القبض) ولابد من القبض فوجب . وعند أبى يوسف لايشترط قبض المتولى فلا يشترط ماهو من تمامه ، فمن أخذ بقول أبى يوسف فى خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله فى هذه ، ومن أخذ بقول محمد فى تلك وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله فى وقف المشاع . وأما إلحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أى المنجزة فى الحال فإنها لاتكون مشاعا ، فكذا الصدقة المستمرة ؛ ففرق أبو يوسف بأن اشتراط القبض فى تينك لما فيهما من التمليك للغير ، وأما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه ، وإنما هو إسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه . والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لايحتملها ، ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ، ومنعه محمد رحمه الله مطلقا ، وفيما لايحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة ، فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا : أى سواء كان مما يحتمل القسمة أو لايحتملها . والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه ، فلما لم يشرطه أبو يوسف أجاز وقفه ، ولما شرطه محمد منعه لأن الشيوع وإن لم يمنع من التسليم والقبض ؛ ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا لمالكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند إمكان تمام القبض ، وذلك فيما يحتمل القسمة فإنه يمكن أن يقسم أو لا ثم يقفه ، وإنما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لايحتملها ، لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقق التسليم فى الجملة ، وإنما

وعن الثانى بأن خروج الملك إلى الله تعالى قربة لايمنع التصرف فيه ممن خرج عنه ؛ ألا ترى أن القربات تصير بالإراقة إلى الله تعالى ، ثم إن صاحبه يتصرف فيه بالأكل والإطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك ، بخلاف العبد فإنه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره ، وأما المسجد فالأصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد ، فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص إلى الذى جعله مسجدا ، وإنما ألحقه بالمسجد الحرام والكعبة (قوله لأن القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم إنما هى بالقسمة (قوله ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف) لاخلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض ، وإنما الخلاف بينهما فى أن أصل القبض شرط أو لا عند أبى يوسف ليس بشرط فكذا تمامه ، وعند محمد شرط فكذا تمامه ، وأما فيما لايقسم فحمد أيضا يجوزه ويعتبره كالهبة والصدقة المنفذة : أى الصدقة الخاصة المسلمة إلى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهى فيما نحن فيه (قوله إلا فى المسجد والمقبرة) استثناء من قوله ووقف المشاع

الاستثناء بقوله إلا أن يحكم به حاكم كما لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج لا محالة) أقول : لانسلم ذلك فإنه يجوز أن يكون المعرف هو المعنى المصدرى : أعنى إحداث الوقف وإنشاءه ، أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليتأمل (قوله وعن الثانى بأن خروج الملك الخ) أقول : فيه بحث فإنهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف فى المحل شرعا ، فلوصح ما ذكره لانتقض تعريف الملك ، ويجوز أن يجاب بملاحظة قوله بتولية الشرع بأن يراد بالقدرة القدرة الأصلية لاالقدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه .

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل فى الباقى عند محمد لأن الشيوع مقارن كما فى الهبة ، بخلاف ما إذا رجع الواهب فى البعض أو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه فى مرضه وفى المال ضيق ، لأن الشيوع فى ذلك طارئ . ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع ولهذا جاز فى الابتداء ، وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة .

اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ، ولأن جواز وقف المشاع فيما لايحتمل القسمة لأنه يحتاج فيه إلى التهايؤ ، والتهايؤ فيه يؤدى إلى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة وإصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أوميضأة عاما . وأما النبش فليس بلازم من المهايأة بل ليس للشريك ذلك ، ثم فيما يحتمل القسمة إذا قضى القاضى بصحته وطلب بعضهم القسمة لايقسم عند أبى حنيفة ويتهايئون ، وعندهما يقسم . وأجمعوا أن الكل لوكان وقفا على الأرباب وأرادوا القسمة لاتجوز ، وكذا التهايؤ ، وعليه فرّع مالو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا ، فإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين ، فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط ، وإذا انقرضوا تكرى وتوضع غلتها للمساكين وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه ، نعم له الإعارة لاغير ، ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم إلا سكناها تقسط على عددهم ؛ ولو كانوا ذكورا وإناثا إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكران أن يسكنوا نساءهم معهم والإناث أن تسكن أزواجهن معهن ، وإن لم يكن فيها حجر لايستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة إنما سكناه لمن جعل له الواقف ذلك لالغيرهم ، ومن هذا يعرف أن لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لايستوجب أجرة حصته على الساكن ، بل إن أحبّ أن يسكن معه فى بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج إن كان لأحدهم ذلك ، وإلا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل فى بقعة إلى جنب الآخر . والأصل المذكور فى الشروح والفرع فى أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت . وكيف يخالف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور ؛ ولو اقتسما : أعنى الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبى يوسف فوقع نصيب الواقف فى محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا (قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه) يعنى شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارنا للوقف (كما فى الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا . بخلاف مالو وهب الكل (ثم رجع الواهب فى البعض أو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض) الذى وقف فى مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فإنه لايبطل الباقى لأن الشيوع طار ، وإذا بطل الوقف فى الباقى رجع إلى الواقف لوكان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته ، وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه مايجعله وقفا (ولوكان المستحق جزءا بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع) فلهذا جاز فى الابتداء أن يقف ذلك الباقى فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شائع بطلت ، ولو

جائز عند أبى يوسف . فإنه لايتم مع الشيوع فيما لايحتمل القسمة بأن كان الموضع صغيرا لايصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة . والحاصل أن جعل المسجد والمقبرة فى المشاع الذى لايحتمل القسمة لايجوز أصلا لاقبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها ، أما قبلها فإن بقاء الشركة يمنع الخلوص على ماسيجىء . وأما بعدها فلأن فرض المسئلة فيما إذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فبقى أن يكون بطريق

قال : ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لاتنقطع أبدا . وقال أبو يوسف: إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم . لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لايتوفر عليه مقتضاه، فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت فى البيع . ولأبي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه ، لأن التقرب تارة يكون فى الصرف

استحق معين لاتبطل . ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد ، لأن المانع من تمام الصدقة شيوع فى المحل المتصدق به . ولا شيوع هنا لأن الكل صدقة ، غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالى فى الكل وجد جملة واحدة . فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء ، بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لايجوز لأنهما صدقتان ، فإن كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة ؛ ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ، ومثل ذلك فى الصدقة المنفذة أيضا لايجوز ،حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا ، فكذا قبض الواليين هنا . ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالى واحدا فسلماها إليه جميعا جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لاتنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد ، بخلاف مالو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لاتنقطع لايصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف : إذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم) هذا كلام القدورى ، وهذا كما ترى لايناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله(إن موجب الوقف) يعنى بعد التسليم إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تمليك) وزواله يتأبد بعتق ، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لايتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له) كما لو وقف عشرين سنة لايصح اتفاقا لأنه إنما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه

المهايأة ، والمهايأة فيهما فى غاية القبح الخ ماذكره فى الكتاب وهو ظاهر . قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لاتنقطع) مثل أن يقول على وكذا كذا ، ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا . وقال أبو يوسف : إذا سمى جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أوعلى أمهات أولاده جازوصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم . لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك : يعنى لا إلى مالك، وكل ماكان زوال الملك بدون التمليك فإنه يتأبد كالعتق فموجب الوقف يتأبد، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لايتوفر عليه أى على الوقف مقتضاه ، ولهذا كان التوقيت مبطلا له لأنه ينافى موجبه كالتوقيت فى البيع . قيل فى كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر فى أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ، ثم قال هنا : موجبه زوال الملك . وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة . والمذكور فى أول الكتاب هو قول أبي حنيفة فى رواية عنه أخرى ، فيكون عنه فى المسئلة روايتان . وقيل أراد هاهنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك

(قال المصنف : لهما أن موجب الوقف زوال الملك) أقول : أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه . وجوابه مذكور فى الشروح (قوله وقيل أراد هاهنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه إلى آخره) أقول: فيه أنه إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيما إذا سمى جهة تنقطع ينبغى أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلا مجتهدا فيه فليتأمل (قال المصنف : ولأبي يوسف رحمة الله تعالى عليه) أقول : تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار.

إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح فى الوجهين وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبى يوسف لايشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال فى الكتاب فى بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح ، وعند محمد ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة، وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلابد من التنصيص .

وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك ، بل قال إذا انقطعت صار للفقراء . ثم نقل القدورى إنما هو على ماذكره المصنف ثابتا عنه من التأبيد حيث قال (وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن أبا يوسف لايشترط ذكر التأبيد لأن لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا أنه إزالة الملك كالعتق وعندهما يشترط. قال المصنف (وهذا هو الصحيح. وعند محمد ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة) إن كان وقف للسكنى (أو بالغلة) إن لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فطلقه لاينصرف إلى المؤبد) بعينه (فلابد من التنصيص) عليه فكان الأولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدورى ، ثم يذكر الرواية الأخرى ويذكر دليلهما الأول. فأما الوجه الأول فإنما يناسب الرواية عن أبى يوسف بأنه بعد انقطاع الجهة يرجع إلى ملك الواقف أو ذريته . وقد نقل من الفروع مايدل على كل منهما عند أبى يوسف . فمنها مافى المبسوط فيما إذا تصدق على أمهات أولاده فى حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته ، وأى امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة إلى غيره فلا حق لها فى السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن ، فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة ، وهذا الشرط يصح منه لهن فى الغلة ، إلى أن قال : وإن لم يحتج من بقى منهن كان ميراثا على فرائض الله تعالى عند أبى يوسف لما بينا أنه يتوسع فى أمر الوقف فلا يشترط التأبيد ، واشتراط العود إلى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لايفوت موجب العقد عنده ، فأما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشتراط العود إلى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف إلا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فإنه جائز أن يلزم ويعود إلى الورثة إذا سقط حق الموصى له ، ومن ذلك ما نقل للناطفى فى الأجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبى يوسف : إذا وقف على رجل بعينه جاز ، وإذا مات الموقوف عليه رجع الوقف إلى ورثة الواقف : قال : وعليه الفتوى . وإذا عرف عن أبى يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول فى وقف عشرين سنة بالجواز لأنه لافرق أصلا ، ومنها ماذكر فى البرامكة. قال أبو يوسف : إذا انقرض

الواقف بالاتفاق وهذا أوفق . وأقول : هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره . ولأبى يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى ، وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة فى الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصح فى الوجهين ، وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حيا ، وإلى ملك ورثته إن كان ميتا . ولقائل أن يقول : هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبى يوسف لأنه قال وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وذلك يدل على أن التأبيد شرط . والجواب أن المروى عن أبى يوسف أمران : أحدهما أنه لايشترط التأبيد أصلا . والثانى أنه يشترط لكن لايشترط ذكره باللسان . والمصنف أشار إلى القول الأول بالتعليل ،

(قوله والجواب أن المروى الخ) أقول : هذا مما يهم فى كثير من المواضع .

قال (ويجوز وقف العقار) لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ،

الموقوف عليهم بصرف الوقف إلى الفقراء . قال فى الأجناس : فحصل عنه روايتان . وأما الشرط الذى تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح ، فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لايرجع لها ماكان لها فى الوقف ، بل قد سقط لأنه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود إلا أن ينص على ذلك فيقول فإن عادت أو فارقت عاد ماكان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الأرض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء فى وقف الأرض تبعا فيكون وقفا معها . وفى دخول الشجر فى وقف الأرض روايتان ذكرهما فى الخلاصة . وفى فتاوى قاضيخان : تدخل الأشجار والبناء فى وقف الأرض كما تدخل فى البيع ، ويدخل الشرب والطريق استحسانا لأن الأرض لاتوقف إلا للاستغلال ، وذلك لايكون إلا بالماء والطريق فيدخلان كما فى الإجارة ، ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والرياحين ؛ ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع مافيها ومنها قال هلال : لاتدخل فى الوقف أيضا ، ولكن فى الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لأنه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ، ولا تدخل الزروع كلها إلا ماكان له أصل لايقطع فى سنة . والحاصل أن كل شجر يقطع فى سنة فهو للواقف ، وما لا يقطع فى سنة فهو داخل فى الوقف ؛ فيدخل فى وقف الأرض أصول الباذنجان وقصب السكر ؛ ويدخل فى وقف الحمام القدر وملقى سرقينه ورماده ، ولايدخل مسيل ماء فى أرض مملوكة أو طريق . وقوله (لأن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقفوه) قلمنا ذكر جماعة من الرجال الصحابة ونسائهم وقفوا ، وأسانيدها مذكورة فى وقف الخصاف . ومنها ماتقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه ثمغ . وأخرج إبراهيم الحربى فى كتابه غريب الحديث : حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة : حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه : أن الزبير بن العوّام رضى الله عنه وقف دارا له على المردودة من بناته . قال : والمردودة هى المطلقة والفاقدة التى مات زوجها . وفى البخارى : « وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا وجعلها لابن السبيل صدقة » . وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدى وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومى أنه كان يقول : أنا ابن سبع الإسلام أسلم أبى سابع سبعة . وكانت داره على الصفا وهى التى كان النبىّ صلى الله عليه وسلم يكون فيها فى الإسلام ، وفيها دعا الناس إلى الإسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه فسميت دار الإسلام ، وتصدق بها الأرقم على ولده . وذكر أن نسخة صدقته : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ماقضى الأرقم ، إلى أن قال : لاتباع ولا تورث. وفى الخلافيات للبيهقى : قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدى : تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره بمكة على ولده فهى إلى اليوم ، وتصدق عمر بربعه ، وتصدق سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك إلى اليوم ، وعثمان رضى الله عنه برومة فهى إلى اليوم ، وعمر بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم . قال : وما لا يحضرنى كثير ، وهذا كله مما يستدل به على أبى حنيفة فى عدم إجازته الوقف .

[فرع] إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها .

[فرع آخر] وقف عقارا على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل أن يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح

وإلى الثانى بذكر المذهب . واستدل عليه بقوله : وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع الخ ، وفى كلامه تعقيد لامحالة .

(ولا يجوز وقف ما ينقل ويحوّل) قال رضي الله عنه: وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف: إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراسة لأنه تبع للأرض في تحصيل ماهو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف، و محمد معه فيه . لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى . (وقال محمد : يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله . وأبو يوسف معه فيه على ماقالوا . وهو استحسان . والقياس أن لايجوز لما بيناه من قبل . وجه الاستحسان . الآثار المشهورة فيه : منها قوله عليه الصلاة والسلام « وأما خالد فقد حبس

الجواز وتصرف غلتها إلى الفقراء إلى أن تبنى . فإذا بنيت ردّت إليها الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء إلى أن يولد لفلان (قوله ولا يجوز وقف ماينقل ويحوّل) كذا قال القدوري . قال المصنف رحمه الله (وهذا على الإرسال) أي على الإطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) والأكرة الحراثون (وكذا آلات الحراثة) إذا كانت تبعا للأرض يجوز (لأنها تبع للأرض في تحصيل ماهو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كبيع الشرب) والطريق لايجوز مقصودا ويجوز تبعا . وهذا كثير مستغن عن العد . ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل إن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف وإلا لا نفقة لهم ، وإن لم يصرح به في مال الوقف فللقيم أن يبيع من عجز ويشترى بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فأخذ ديته عليه أن يشترى بها آخر . ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر . فإن كان الأصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداه من مال الوقف ؛ وإذا فداه بفدية تزيد على أرش الجناية فهو متطوع بالزيادة . وليس لأهل الوقف من الدفع والفداء شيء . فإن فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعنى فلا معنى لإفراد أبي يوسف (لأنه لما جاز إفراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله ، فتجويزه تبعا للعقار أولى فضمير لأنه للشأن ، أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فإنه لايدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف . قال المصنف (وقال محمد : يجوز حبس الكراع) وهي الخيل والسلاح ، ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قالوا ، وهذا استحسان ، والقياس أن لايجوز لما بينا من قبل) من شرط التأبيد والمنقول لا يتأبد (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في الكراع والسلاح . منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة « بعث النبيّ صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل

وقوله (وهذا على الإرسال) أي ماذكره القدوري من قوله (ولا يجوز وقف ماينقل ويحول) على الإطلاق مقصودا أو تبعا، كراعا أو غيره ، تعاملوا فيه أولا . قول أبي حنيفة . والأكرة جمع أكار وهو الذرّاع كأنها جمع آكر تقديرا . وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الأرض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات . وقوله (لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعا لشيء كما في المتعارف مثل الفأس والقدوم والمراجل (عنده) أي عند محمد (فلأن يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعا أولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح . وقوله (لما بيناه من قبل) يعني ما مر أن من شرطه التأبيد ، والتأبيد لا يتحقق في المنقول

(قال المصنف : والبناء في الوقف) أقول : فيه نوع مصادرة لأن البناء مما ينقل تأمل في جوابه فإن تبعية البناء أقوى (قال المصنف : فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى) أقول : هذا فيما فيه تعامل مسلم ، وأما مطلقا فلا تدبر (قوله يعني مامر أن من شرطه التأبيد والتأبيد لايتحقق في المنقول) أقول : وفيه تأمل : كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على مايجيء .

أدرعا وأفراسا له فى سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه فى سبيل الله تعالى » ويروى أكراعه . والكراع : الخيل. ويدخل فى حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها ، وكذا السلاح يحمل عليها . وعن محمد أنه يجوز وقف مافيه تعامل من المنقولات كالفأس والمرّ والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف . وعند أبى يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص ، والنص ورد فى الكراع والسلاح فيقتصر عليه .

وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماينقم ابن جميل إلا أن كان فقيرا فأغناه الله . وأما خالد فإنكم تظلمون خالدا وقد احتبس أدراعه وأعتده فى سبيل الله . وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهى علىّ ومثلها ، ثم قال : أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه » وأما ماذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه ، وفى رواية أدراعه وأعتده فلم يعرف ، وكذا لم يعرف جمعه على أكراع لأن فعالا لايجمع على أفعال بل على أفعل كعقاب وأعقب ، وإنما ذكر له فى الصحاح صيغتى جمع ، قال : فالجمع أكرع ثم أكارع ، إلا أن الطبرانى أخرج عن ابن المبارك : حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبى وائل قال : لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال : لقد طلبت القتل فلم يقدر لى إلا أن أموت على فراشى ، وما من عمل أرجى عندى من « لا إله إلا الله » وأنا متترس ، ثم قال : إذا أنا متّ فانظروا سلاحى وفرسى فاجعلوه عدة فى سبيل الله. وذكر هذا الحديث بهذا السند فى تاريخ ابن كثير ، وقال فيه : ما من عمل أرجى عندى بعد لا إله إلا الله من ليلة بتها وأنا متترس والسماء تهلنى ننتظر الصبح حتى نغير على الكفار . وإذا عرف هذا فالإبل تدخل فى حكمه بالدلالة لأن العرب يغزون عليها ، مع أنه روى « أن أم معقل جاءت إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه فى سبيل الله وإنى أريد الحج أفأركبه ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله » والحاصل أن وقف المنقول تبعا للعقار يجوز . وأما وقفه مقصودا ، إن كان كراعا أو سلاحا جاز ، وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لايجوز عندنا . وإن كان متعارفا كالجنازة والفأس والقدوم وثياب الجنازة ومما يحتاج إليه من الأوانى والقدور فى غسل الموتى والمصاحف ، قال أبو يوسف : لايجوز ، وقال محمد : يجوز وإليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسى ، كذا فى الخلاصة . وفى الفتاوى لقاضيخان : وقف بناء بدون أرض قال هلال : لايجوز انتهى. لكن فى الخصاف مايفيد أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار جاز فإنه قال فى رجل وقف بناء دار له دون الأرض : إنه لايجوز ، قيل له فما تقول فى حوانيت السوق إن وقف رجل حانوتا منها ؟ قال : إن كان الأرض إجارة فى أيدى القوم الذين بنوها لايخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لأنا رأيناها فى أيدى أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لايتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها ، وإنما له غلة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهى فى أيديهم يتبايعونها ويؤاجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره ، فأفاد أن ماكان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه وإلا فلا . وذكر فى موضع آخر فى فتاوى قاضيخان : إذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ، ثم ذكر أنه إنما خص البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتى النهر العام وذلك غير مملوك . ثم قال : وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الأصل . ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لايجوز ، ولا يجوز وقف البناء فى أرض هى عارية أو إجارة ، وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض .

ومحمد يقول : القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع ، وقد وجد التعامل فى هذه الأشياء . وعن نصير ابن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصاحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة ، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد ، وما لا تعامل فيه لايجوز عندنا وقفه . وقال الشافعى : كل مايمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به ، فأشبه العقار والكراع والسلاح . ولنا أن الوقف فيه لايتأبد ، ولابد منه على مابيناه فصار كالدراهم والدنانير ، بخلاف العقار ، ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس .

وعن محمد : إذا كان البناء فى أرض وقف جاز وقفه على الجهة التى تكون الأرض وقفا عليها . ذكر الكل فى الفتاوى . وإطلاق الإجازة يعارض قول الخصاف فى أرض الحكور ، اللهم إلا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالأملاك على ماذكره وسمعته . وفى الخلاصة ، إذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز ، وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ فى ذلك المسجد ، وفى موضع آخر ، ولا يكون مقصورا على هذا المسجد . وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لايجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه ، والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه تأخذ . وجه قول أبى يوسف أن القياس يأباه ، والنص ورد فى الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول : القياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع ، وقد وجد التعامل فى هذه الأشياء ، وعلى قول محمد أكثر فقهاء الأمصار ، وما لاتعامل فيه لايجوز وقفه عندنا) وقال الشافعى رحمه الله : كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه ، وهذا قول مالك وأحمد أيضا . وأما وقف مالا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز فى قول عامة الفقهاء ، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلى . وأما الحلى فيصح وقفه عند أحمد والشافعى لأن حفصة رضى الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لاتخرج زكاته ، وعن أحمد لايصح وقفه ، وأنكر الحديث ، ذكره ابن قدامة فى المغنى . وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع ، وعارضه المصنف بأن حكم

والمراجل : قدور النحاس . وقوله (إلحاقا لها بالمصاحف) يعنى أن وقف المصاحف صحيح ، فكذا الكتب . ذكر فى فتاوى قاضيخان : اختلف المشايخ فى وقف الكتب جوّزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى . وقوله (كل مايمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير ، فإن الانتفاع الذى خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لايمكن بهما مع بقاء أصله فى ملكه . وقوله (ويجوز بيعه) احترازعن حمل الناقة والجارية فإنه لايجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا . ولنا أن الوقف فى المنقول لايتأبد وهو ظاهر ، وما لايتأبد لايجوز وقفه لأن التأبيد لابد منه على مابيناه فصارت المنقولات كالدراهم والدنانير . وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتباره بالعقار . وقوله (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح . ووجهه أن الأصل أن لايجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدراهم ، إلا أنا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع . وقوله (ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الأصل فى الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود فى المراجل والقدوم وغيرهما ، فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك . ووجهه أن لهما معارضا من حيث التعامل وليس

(قال المصنف : ولا بد منه على مابيناه) أقول : اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف ، وذلك موجود فى محل النزاع أيضا فليتأمل .

وهذا لأن العقار يتأبد ، والجهاد سنام الدين ، فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما فى معناهما .

الوقف الشرعى التأبيد ولا يتأبد غير العقار ، غير أنه ترك فى الجهاد لأنه سنام الدين ، فكان معنى القربة فيهما أقوى ، فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ، ولا يلحق دلالة أيضا لأنه ليس فى معناهما . وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ماذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها . فى الخلاصة : وقف بقرة على أن مايخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قال : إن كان ذلك فى موضع غلب ذلك فى أوقافهم رجوت أن يكون جائزا . وعن الأنصارى وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك ؟ قال نعم ، قيل وكيف ؟ قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها فى الوجه الذى وقف عليه ، وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة . قال : فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكرّ من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لابذر لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا . قال : ومثل هذا كثير فى الرىّ وناحية دنباوند، والأكسية وأسترة الموتى إذا وقف صدقة أبدا جاز فتدفع الأكسية للفقراء فينتفعون بها فى أوقات لبسها ؛ ولووقف ثورا لإنزاء بقرهم لايصح. ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمل فى سبيل الله ، فلو وقفه على أن يمسكه مادام حيا إن أمسكه للجهاد جاز له ذلك ، لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه ، وإن أراد أن ينتفع به فى غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل : يعنى يبطل الشرط ، ويصح وقفه ، ولا يؤاجر فرس السبيل إلا إذا احتيج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ماينفق عليه . قال فى الخلاصة : وهذه دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ماينفق عليه اهـ . وهذا عندى غير صحيح لأنه يعود إلى القبح الذى لأجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع ، وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما وإصطبلا يربط فيه الدوابّ عاما ، ولو قيل إنما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية مايكون للسكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه وإقامة الحائض والجنب فيه ، ولو قيل لايؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجرله فيه تغيير أحكامه الشرعية ، ولاشك أن باحتياجه إلى النفقة لاتتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا . نعم إن خرب ماحواله واستغنى عنه فحينئذ لايصير مسجدا عند محمد خلافا لأبى يوسف ، وأما إذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين . وفى الخلاصة أيضا : يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط ، وإذا زوّج السلطان أو القاضى جارية الوقف يجوز ، ولو زوّج عبد الوقف لايجوز ، والفرق ظاهر ، وهو أن فى الأول اكتسابا للوقف دون الثانى ، ولهذا لو زوّج أمة الوقف من عبد الوقف لايجوز . ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل فى وقفه الحمامات الأصلية قال الفقيه : هو كوقف الضيعة مع الثيران . وسئل أبو بكر عمن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال : الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إلا أن تفسد أغصانها ، فإن لم ينتفع بأوراقها وثمرها فإنها تقطع ويصرف ثمنها إلى سبيله ، فإن نبتت ثانيا وإلا غرس مكانها . وسئل أبوالقاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقى بعضها فقال : مايبس منها فسبيله

بموجود فى صورة النزاع كالعبيد والإماء والثياب والبسط وأمثالها فبقى على أصل القياس . وقوله (وهذا) استظهار على أن إلحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لأن غيرهما لقوتهما ليس فى معناهما ، ولم يذكر

قال (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه ، إلا أن يكون مشاعا عند أبى يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التمليك فلما بينا . وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز ، غاية الأمر أن الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة، إلاأن فى الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا؛ ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف وبعد الموت إلى وصية، وإن وقف نصف عقار خالص له فالذى يقاسمه القاضى أو يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسمه المشترى ثم يشترى ذلك منه

سبيل غلتها، وما بقى متروك على حالها (قوله وإذا صح الوقف) أى لزم ، وهذا يؤيد ماقدمناه فى قول القدورى وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف . ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تمليكه) هوبإجماع الفقهاء (إلا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبى يوسف فتصح مقاسمته ، أما امتناع التمليك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام « تصدق بأصلها لايباع ولايورث ولا يوهب » ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى آخره ، ولأنه باللزوم خرج عن ملك الواقف و بلا ملك لايتمكن من البيع (وأما جواز القسمة) أى عندهما ، فإن على قول أبى حنيفة لايجوز وإن قضى القاضى بصحة وقف المشاع لأنها مبادلة ،ومعنى المبادلة هو الراجح فى غير المثليات (فلأنها تمييز) معنى (وإفراز غاية الأمر أن الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة ، إلا أن فى الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف) عند أبى يوسف ، ووقف المشاع إنما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمة (بعد موته) فالقسمة (إلى وصيه ، وإن وقف نصف عقار خالص له ف)للقسمة طريقان : أحدهما أن (يقاسمه القاضى) بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثانى أن يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسم المشترى ثم يشترى ذلك منه)

التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به . قال (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه) أى إذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه ، إلاأن يكون مشاعا عند أبى يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته، فقوله إلا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه، وهو منقطع أومتصل، لأن معنى المبادلة فى قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع اتساعا ؛ أما امتناع التمليك فلما بينا : يعنى ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « تصدق بأصلها لاتباع ولاتوهب » وما ذكره من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة الخ . وقوله (وأما جواز القسمة) فظاهر . وقوله (فهو الذى يقاسم) أى الواقف هو الذى يقاسم شريكه لا القاضى . وقوله (خالص) صفة عقار : أى لو كان له عقار مائة ذراع وهوخالص له لاشركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون القاسم هاهنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا ، فإن مقاسم النصف الذى هو الوقف مطالب من مالك النصف الذى هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا ، وهو لايجوز فيرفع أمره إلى القاضى ليقاسمه، أو يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسم المشترى ثم يشترى ذلك منه ، ولو كان فى القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم فى القسمة أوتراضيا على ذلك فإن إدخال الدراهم فى القسمة لايجوز إلا لضرورة أو بالتراضى على ماسيأتى فى كتاب القسمة إن شاء الله تعالى ، فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها ، فإن كان

(قوله استثناء من قوله لم يجز بيعه الخ) أقول : بل من قوله ولا تمليكه كما يدل عليه أول كلام المصنف ، نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والأمر سهل .

لأن الواحد لايجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ، ولو كان فى القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لايجوز لامتناع بيع الوقف ، وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء . قال (والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

إن أحبّ ، وهذا (لأن الواحد لايصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ، ولو كان فى القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بإزاء الجودة دراهم ، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذى هو غير الوقف هو الأحسن لايجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لايجوز . وإن كان الآخذ شريكه بأن كان النصيب الوقف أحسن جاز لأن الواقف مشتر لابائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه ، فقوله (إن أعطى الواقف لايجوز) يصح على بنائه للمفعول،ورفع الواقف ، ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لأن المعنى فيهما أنه أخذ الدراهم . واعلم أن عدم جواز البيع فى غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا ، أما إذا تهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لأنه رجع إلى ملك الواقف إن كان حيا ، وإلى ورثته إن كان ميتا . وقال الصدر الشهيد : فى جنس هذه المسائل نظر : يعنى لأن الوقف بعد ماخرج إلى الله تعالى لايعود إلى ملك الواقف ، وأنت تعلم أن قول محمد برجوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله فى المسجد لأن خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الأوقاف، ولأن ذلك بشرط الفائدة ، وقد تحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره ، ومن ذلك حانوت احترق فى السوق وصار بحيث لاينتفع به ولا يستأجر البتة ، وحوض محلة خرب وصار بحيث لاتمكن عمارته فهو للواقف ولورثته . فإن كان واقفه وورثته لاتعرف فهو لقطة كذا فى الخلاصة . زاد فى فتاوى الخاصى : إذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه . وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه . وروى عن محمد : إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هى أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشترى بثمنها ماهو أكثر ريعا . وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولى على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه . قال فى النوازل : يبيعها ويتصدق بثمنها . قال : وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك . قالوا : فالفتوى على خلافه لأن الوقف بعد ماصح بشرائطه لايحتمل البيع ، وهذا هو الصحيح حتى ذكر فى شجرة جوز وقف فى دار وقف خربت الدار لاتباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة، ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لايجوز قبل القطع بل بعده ، هكذا عن الفضلى فى الأشجار المثمرة ، وفى غير المثمرة قال : يجوز قبل القلع لأنها هى الغلة،وبناء الوقف والنبات لايجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل . والوجه يقتضى إذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم ، إلا أن تزيد القيمة بالهدم. وفى زيادات أبى بكر بن حامد : أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشرط) لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة ، فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ، ولهذا ذكر محمد رحمه الله فى الأصل فى شىء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالى من غلته كل عام مايحتاج إليه لأداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها

الأول لم يجز لأنه يعطى بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف ، وبيع الوقف لايجوز وإن كان الثانى جاز . لأنه حينئذ

ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها . ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم ، وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها : ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو فى ماله : أىّ مال شاء فى حال حياته . ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته ، وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التى وقفه ، وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه . فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة فلايجوز صرفها إلى شىء آخر إلا برضاه ، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض ، وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة فى الزيادة .

والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين ، لأن حصول منفعتها فى كل وقت لا يتحقق إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة . قال شمس الأئمة : وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة ، فإذا شرط ذلك فى صكه يقع الأمن بالشرط . قال المصنف (ولأن الخراج بالضمان) أى الانتفاع بخراج الشىء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشىء : أى لكون ذلك الشىء لو تلف تلف من ضمان المستغل . وروى أبو عبيد فى كتاب غريب الحديث عن مروان الفزارى عن ابن أبى ذئب عن مخلد بن أبى خفاف عن عروة عن عائشة عن النبىّ صلى الله عليه وسلم «أنه قضى أن الخراج بالضمان» . قال أبو عبيد : معناه والله أعلم الرجل يشترى المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى أنه يردّ العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج ، وإنما طابت لأنه كان ضامنا للعبد ، ولو مات مات من مال المشترى لأنه فى يده اهـ . ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع ، وهذا الحديث من جوامع الكلم ، وفى معناه : الغرم بالغنم ، وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل فى كل مضرة بمقابلة منفعة . وقوله (وصار) أى عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها) تكون (على الموصى له بها) (قوله ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور أن يلزموا لعدم اجتماعهم ولعسرتهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وإن كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وآخره للفقراء فهو فى ماله أىّ مال شاء فى حياته) فإذا مات فمن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لأنه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى إن شاء من الغلة وإن شاء من غيرها ، ثم العمارة المستحقة عليه إنما هى (بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التى وقف) عليها (فأما الزيادة فليست بمستحقة) فلا تصرف فى العمارة (إلا برضاه ، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أى لا يزاد على الصفة التى كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أى الزيادة (والأوّل أصح) لأنه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ، ولا تؤخر العمارة إذا احتيج إليها

يشترى شيئا بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز . وقوله (لأن الخراج بالضمان) هذا لفظ الحديث ، وهو من جوامع الكلم ، ولإحرازه معانى جمة جرى مجرى المثل واستعمل فى كل مضرة بمقابلة منفعة ، ومعناه هاهنا : أن غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضا . ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم : أى لا يفوز المتولى بهم لعدم تعينهم وعسرتهم ، وأقرب أموالهم إلى المتولى هذه الغلة فتجب فيها . وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر . وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعنى حتما لأنه قال فهو فى ماله أىّ مال شاء ، وهذه الغلة أيضا من ماله ، فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه . وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعنى لا على رجل

قال (فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لأن الخراج بالضمان على مامر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى) لأن فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا، والأول أولى، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه فى حيز التردد، ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك.

وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها إن لم يخف ضرر بين ؛ فإن خيف قدم. وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين، فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته، وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا. قال الإمام فخر الدين قاضيخان : رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضى الوقف فى يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفى الوقف طاحونة فى يد رجل بالمقاطعة لاحاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لايجب للقيم فيها ذلك العشر لأن القيم لا يأخذ ما يأخذه إلا بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بلا عمل اهـ. فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف شيئا ؛ أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فإن وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى، لأن الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته، فإذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها) ثم ردها إلى من له السكنى لأن فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا، والأول) وهو العمارة (أولى) من الثانى وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لولم يعمرها لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال إحداهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من) إلزام الضرر (بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر) فيهما إذا عقد عقد (المزارعة) وبينا من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لايجبر عليه لذلك (ثم لايكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأن امتناعه فى حيز التردد) يعنى دلالة الامتناع على الرضا بإسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة أو لرجائه اصطلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بإبطال حقه وإنما قال أجرها الحاكم لأنه (لاتصح إجارة من له السكنى) وعلله بقوله (لأنه غير مالك) وفى تقريره قولان : أحدهما أنه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع، وهذا ضعيف، فإن للموقوف عليه السكنى أن يعير الدار والإعارة تمليك المنافع بلا عوض، والمسئلة فى وقف الخصاف، والآخر أنه ليس بمالك للعين والإجارة تتوقف

بعينه فكذلك عند البعض : أى لاتصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم تكن فى ابتداء الوقف بل تصرف إلى الفقراء. وعند آخرين يجوز ذلك، والأول وهو أن يكون البناء الثانى مثل الأول لا زائدا عليه أصح لما ذكره فى الكتاب وهو واضح. وقوله (وإن وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر. وقوله (والأول أولى) يريد به إجارة الحاكم وعمارتها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى. والثانى هو ترك العمارة. واستفيد ذلك بقوله لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا. وقوله (فى حيز التردد) بيانه أن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله فى الحال ولرجائه إصلاح القاضى وعمارته ثم رده إليه. وقوله (ولا تصح إجارة من له السكنى) إضافة المصدر إلى فاعله، وهذا لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك، ومن له السكنى ليس بمالك. ونوقض بالمستأجر فإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها. وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين فى ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة، ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة

قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف إن احتاج إليه . وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيهما لأنه لابد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف . فإن مست الحاجة إليه فى الحال صرفها فيها ، وإلا أمسكها حتى لايتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود . وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفا للبدل إلى مصرف المبدل (ولا يجوز أن يقسمه) يعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه : وإنما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم .

عليه لأنها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها ليملكها فأقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة . وهو مشكل لأنه يقتضى أن لايصح إجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل . وأن لايصح من الموقوف عليه السكنى الإعارة لكنه يصح كما ذكرنا ؛ فالأولى أن يقال لأنه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الإجارة . وإلا لملك أكثر مما ملك بخلاف الإعارة . وهذا الوجه والذى قبله يفيد أن لافرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره ، حتى أن الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤاجر لأنه ليس بمالك للعين فلا يمكن إقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الإجارة بل ماملكه من المنافع بلا بدل . ونص الاستروشنى أنه رأى فى المنقول أن إجارة الموقوف عليه لاتجوز ، وإنما يملك الإجارة المتولى أو القاضى . ونقل عن الفقيه أبى جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه إذا كان الوقف لا يسترم تجوز إجارته وهذا فى الدور والحوانيت . وأما الأراضى فإن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر وإن لم يشرط ذلك . فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه . هذا وإن لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه فى المنقول من المذهب ، والحال فيها يؤدى إلى أن تصير نقضا على الأرض كرماد تسفوه الرياح . وخطرلى أنه يخيره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها وبين أن يردها إلى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطفا على ماصرفه الحاكم فى عمارة الوقف إن احتاج إليه . وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إليه . وأنت تعلم أن بالانهدام تتحقق الحاجة إلى عمارة ذلك القدر . فلا معنى للشرط فى قوله إن احتاج إليه وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج . وإنما المعنى أنه إن كان التهيؤ للعمارة ثابتا فى الحال صرفه إليها وإلا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة . فإن المنهدم قد يكون قليلا جدا لايخل بالانتفاع بالوقف ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة . وإن تعذرت إعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه فى ذلك إقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقى الوقف لأنه من عين الوقف . ولا حق لهم فى العين الموقوفة . لأنها حق الله تعالى وحقهم فى الغلة فقط . واعلم أن عدم جواز بيعه إلا إذا تعذر الانتفاع به إنما هو فيما ورد عليه وقف الواقف ، أما فيما اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط . وهذا لأن فى صيرورته وقفا خلافا .

فى ابتداء الوقف : ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره . قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية : قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء : يعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد ، ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات ، لأنه لايقال انهدمت الآلة ، والنقض بضم النون البناء المنقوض ، وفى الصحاح ذكره بكسر النون لاغير .

قال (وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف) قال رضي الله عنه : ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه . أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف ، ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي . وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز . وقيل هي مسئلة مبتدأة ، والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء . وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ؛ ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين . فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه .

والمختار أنه لايكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أوجعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف) فهذان فصلان ذكرهما القدوري (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه . أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري. ومن أصحاب الشافعي ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال) الرأيّ وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري ، وإنما نسب إلى الرأي : أي لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ، ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة . وقيل إن هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر . ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي . وفي المغرب هوتحريف ، بل هو الرأي بتشديد الراء المهملة لأنه من البصرة لامن الري . والرازي نسبة إلى الري، وهكذا صحح في مسند أبي حنيفة وغيره، وبقول محمد قال الشافعي ومالك، والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء . ثم (قيل إن الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض) أي قبض المتولى ، فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لأنه حينئذ لاينقطع حقه فيه . وما شرط القبض إلا لينقطع حقه ، ولما لم يشرطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسئلة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ؛ ثم وصل المصنف

وقوله (ولايجوز على قياس قول محمد) بناء على أن التسليم إلى المتولى شرط عنده ولم يوجد . قال الصدر الشهيد : والفتوى على قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف . وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان . وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ، فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته جاز فلأمهات أولاده أولى ، وإنما الإشكال على قول محمد فإنه لايجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لأمهات أولاده في حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ، ولكن جوّز ذلك استحسانا للعرف ، ولأنه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لأنهن يعتقن بموته ، فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الأجانب فيجوز ذلك في حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة ، وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح ، لأن اشتراطه لهم في حياته : أي اشتراط صرف الغلة في ابتداء الوقف لأمهات أولاده ومدبريه ، وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على أمهات الأولاد كاشتراطه لنفسه ، ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبي يوسف ، فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة إلى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة إلى أمهات أولاده ومدبريه. وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه : أي بطريق التقرب إلى الله تعالى ، فاشتراطه الكل أو البعض

(قال المصنف : وقيل إن الاختلاف بينهما بناء الخ) أقول : في هذا البناء نوع تأمل ظاهرا ، لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازى

(قال المصنف : وقد قيل هو على الاختلاف أيضا وهو الصحيح) أقول : مخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لأن اشتراطه لهم في حياته)

وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه ، فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لايتحقق فصار كالصدقة المنفذة ، وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه . ولأبى يوسف ماروى « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته » والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط ، فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على مابيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه ، وهذا جائز ،

بهذه الخلافية ما إذا شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء ، فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ماصححه المصنف . وقيل بل صحة شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الأصح. وما قال المصنف مخالف لما فى المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان ، فإن الكل جعلوا الصحة بالاتفاق . وفرق فى المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لايجوز ولأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته ، كما قال أبو حنيفة فى أصل الوقف إذا قال فى حياتى وبعد وفاتى يلزم ، أما لو وقف على عبيده وإمائه فلا يجوز عند محمد لأنهم لايعتقون بموته فلا تبعية ، ويجوز عند أبى يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله إن الوقف تبرع على وجه التمليك) للغلة أو للسكنى (فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لايتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم إليه على أن يكون بعضه لى لم يجز لعدم الفائدة ، إذ لم يكن مملكا على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر ، فكذا فى الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بينا (ولأبى يوسف ماروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته » والمراد صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط) فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم يشرط لنفسه الأكل منها لايحل له أن يأكل منها ، وإنما الخلاف فيما إذا شرطه ، والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف إلا أن فى مصنف ابن أبى شيبة : حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال : ألم تر أن حجرا المدرى أخبرنى قال : إن فى صدقة النبى صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله لنفسه لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه)

لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لايتحقق فصار كالصدقة المنفذة ، فإنه لايجوز أن يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ، فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ، ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز فى الكل ، فكذا إذا جعل بعض الغلة لنفسه . وقوله (ولأبى يوسف ماروى «أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته») ذكر الحديث شيخ الإسلام فى مبسوطه ، والمراد منه الصدقة الموقوفة ، ولا يحل الأكل منه إلا بالشرط بالإجماع فدل على صحته . وقوله (على ما بيناه) إشارة إلى ماذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره إلى جهة لاتنقطع أبدا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ، وإلى قوله ولأبى يوسف أن المقصود هو

= أقول : ذكر الضمير فى قوله لهم تغليبا للذكور على الإناث (قال المصنف : وجه قول محمد رحمة الله تعالى عليه إن الوقف تبرع على وجه التمليك) أقول : فيه نوع مخالفة لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ، ولما قاله الشارحون من أن فى الوقف إباحة المنفعة لاتمليكه كما سبق فى الدرس السابق ، وجوابه أن المنفعة غير الغلة .

كما إذا بنى خانا أو سقاية أوجعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ،ولأن مقصوده القربة وفى الصرف إلى نفسه ذلك ، قال عليه الصلاة والسلام « نفقة الرجل على نفسه صدقة » ؛ ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف ، وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل .

كذا قرره المصنف ، وعلى ماسلف لنا فى اشتراط التسليم إلى المتولى عند محمد ينبغى أن يقرر هكذا الموقوف إزالة الملك الكائن بالعين وإسقاطه لا إلى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافى للقربة والشرع ، وشرط النفقة على نفسه منه لاينافى ذلك (كما إذا بنى خانا وشرط أن ينزل فيه أوسقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها ،قال صلى الله عليه وسلم « نفقة الرجل على نفسه صدقة ») روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة ، فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معديكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال « مامن كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده ، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهوله صدقة » وأخرجه النسائى عن بقية عن بجير بلفظ : « ما أطعمت نفسك فهولك صدقة » الحديث . وأخرج ابن حبان فى صحيحه عن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل كسب مالا حلالا فأطعمه نفسه أوكساها فمن دونه من خلق الله تعالى فإن له زكاة » ورواه الحاكم إلا أنه قال « فإنه له زكاة » وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وأخرج الحاكم أيضا والدارقطنى عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل معروف صدقة ، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة ، وما وقى به عرضه صدقة » الحديث . وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر : ما معنى وقى به عرضه قال : أن يعطى الشاعر وذا اللسان المتقى . وقال صحيح الإسناد . وأخرج الطبرانى عن أبى أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال « من أنفق على نفسه فهى له صدقة ، ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة » وفى صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل « ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شىء فلأهلك » الحديث ، فقد ترجح قول أبى يوسف . قال الصدر الشهيد : والفتوى على قول أبى يوسف ، ونحن أيضا نفتى بقوله ترغيبا للناس فى الوقف ، واختاره مشايخ بلخ ، وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه . ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته ، وكذا إذا قال إذا حدث على الموت وعلى دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما على فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز . وفى وقف الخصاف إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف ؟ قال : يكون لورثته لأنه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف أن شرط بعض الغلة لايلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع ، وكذلك إذا قال : إذا حدث على فلان الموت : يعنى الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف فى كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل فى الحج عنه أو فى كفارات أيمانه . وفى كذا وكذا وسمى أشياء ، أو قال أخرج من هذه الصدقة فى كل سنة كذا وكذا درهما لتصرف فى هذه الوجوه ويصرف الباقى فى كذا وكذا على ماسبله (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضا أخرى) تكون وقفا مكانه (فهو جائز عند أبى يوسف) وهلال والخصاف ، وهو استحسان ، وكذا لو قال على أن أبيعها وأشترى بثمنها

التقرب ، فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة ، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ذلك جاز عند أبى يوسف كما هو مذهبه فى التوسع فى الوقف ، وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لأن هذا الشرط لايؤثر فى المنع من زواله ، والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد فى أصل

. . . .

أخرى مكانا . وقال محمد : يصح الوقف ويبطل الشرط . وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما . وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك . وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه أن ينقص من المعاليم إذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك . وليس لقيمه إلا أن يجعله له . وإذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا إلا بشرطه . ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له أن يستبدل لنفسه لأن إفادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها . ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له أن يستبدل بعد موته . وفى فتاوى قاضيخان : قول هلال وأبى يوسف هو الصحيح لأن هذا شرط لايبطل الوقف ، لأن الوقف يقبل الانتقال من أرض إلى أرض ، فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لاتصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشترى بها أرضا أخرى فتكون وقفا مكانها . وكذا أرض الوقف إذا قل نزلها بحيث لاتحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الأرض فى الاستبدال بأرض أخرى ، وفى نحو هذا عن الأنصارى صحة الشرط لكن لايبيعها إلا بإذن الحاكم ، وينبغى للحاكم إذا رفع إليه ولا منفعة فى الوقف أن يأذن فى بيعها إذا رآه أنظر لأهل الوقف . وإذا كان حاصله إثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى . ولا يقال : حكم الوقف إذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه. لأنا نقول: حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذى شرط فى أصل الوقف إذا لم يخالف أمرا شرعيا ، وقد بينا أن شرط الاستبدال لايخالفه فوجب اعتباره ، وكون شمس الأئمة ذكر مسئلة ثم قال : ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف . وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد أن كان يفتى به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ، ولو أريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما إذا كان أحسن للوقف كان حسنا .

والحاصل أن الاستبدال إما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب أو لاعن شرطه، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغى أن لايختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيخان، وإن كان لا لذلك بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ماهو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغى أن لايجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ماكان عليه دون زيادة أخرى ، ولأنه لاموجب لتجويزه لأن الموجب فى الأول الشرط وفى الثانى الضرورة ؛ ولا ضرورة فى هذا إذ لاتجب الزيادة فيه بل تبقيته كما كان ، ولعل محمل مانقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا فى رواية عن أبى يوسف هذا الاستبدال ، والاستبدال بالشرط مذهب أبى يوسف المشهور عنه المعروف لامجرد رواية ، والاستبدال الثانى ينبغى أن لايختلف فيه كما قلنا . وفى فتاوى قاضيخان: أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال . أما بلا شرط أشار فى السير إلى أنه لايملكه إلا بإذن القاضى ، ولا يخفى أن محل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرطه له . وفى القاضى فيما لاشرط فيه لا فى أصل الاستبدال وإلا فهو قد نقل الخلاف . وعرف من هذا أن محمل ماذكرناه عن الأنصارى

الوقف ، فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا فى نفسه كالمسجد إذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله ، ولو شرط الواقف الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف ، والخيار عند أبى يوسف بناء على التوسعة كما مر ، وعند محمد الوقف باطل ؛ وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة ، حتى لوكانت مجهولة لايجوز الوقف على قول أبى يوسف أيضا

ولو شرط الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبى يوسف ، وعند محمد الوقف بطل وهذا بناء على ماذكرنا .

ما إذا لم يشرطه لنفسه ، ثم إذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على أن يقفه بلفظ يخصه، وليس للقيم أن يوصى بالاستبدال لمن يوصى إليه عند موته بالوقف . ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثير أو على أن أبيعها وأشترى بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كأنه قال على أن أبطلها، ولو اقتصر على قوله على أن أبيعها وأشترى بثمنها أرضا جاز استحسانا ، وإذا قال على أن أستبدل أرضا أخرى ليس له أن يجعل البدل دارا ، وكذا على العكس ؛ ولو قال بأرض من البصرة ليس له أن يستبدل من غيرها لأن الأماكن قد تختلف فى جودة الأرض، وينبغى إن كانت أحسن أن لايجوز لأنه خلاف إلى خير ؛ ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل ما شاء من العقار خاصة ، ولو باع الوقف بغبن فاحش لايجوز البيع ؛ ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين فى تركته ، وكذا لو استهلكه ، أما لو ضاع الثمن فى يده فلا ضمان عليه ، ولو اشترى بالثمن عرضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ، ولو وهبه من المشترى صحت الهبة ويضمنه فى قول أبى حنيفة ومنعه أبو يوسف . أما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ، ولو باعه بعرض ففى قياس قول أبى حنيفة يصح . وقال أبو يوسف وهلال : لايملك البيع إلا بالنص أو بأرض تكون وقفا مكانها ؛ وإذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كان له أن يبيعها ثانيا ، وإن عادت بعقد جديد لايملك بيعها لأنها صارت وقفا فكأنه اشترى غيرها إلا أن يكون عمم لنفسه الاستبدال ،ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا ؛ وكذا إذا قال المشترى قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالأخرى ماشاء ، ولو استحقت الأولى فى القياس تبقى الثانية وقفا، وفى الاستحسان لا لأن الثانية كانت وقفا بدلا عن الأولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ، ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز ، ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصى ذلك لأن فى الوكالة وهو حى لو تمكن خلله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصى ، ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدلا معا فتفرد بذلك الرجل لايجوز ، ولو تفرد به الواقف جاز لأنه هو الذى شرطه لذلك ، وما شرط لغيره فهو مشروط له ، كما لو نصب قاضيا بلدين كل قيما كان لكل أن يتصرف وحده ، ولو أن أحد هذين القاضيين أراد أن يعزل الذى أقامه القاضى الآخر قال إذا رأى المصلحة فى ذلك كان له عزله وإلا فلا (قوله ولو شرط) أى الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقفت دارى هذه على كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبى يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : الوقف باطل) وهو قول الشافعى وأحمد وهلال . قال المصنف (وهذا بناء على ماذكرنا) يريد الأصل المختلف فيه : أعنى شرط التسليم ، فإن محمدا لما

(قوله وهذا) أى الخلاف (بناء على ماذكرناه) إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبى يوسف ؛ فإنه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى النظر فيه . وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضا ، وبهذا البناء صرح فى المبسوط . ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بإبطال الخيار بعد ذلك لأن الوقف لايجوز إلا مؤبدا وشرط

(قوله فإنه لما جاز أن يستثنى إلى قوله أيضا) أقول : وفى الملازمة الأولى نوع تأمل .

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف،

شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لأنه لايتصور معه تمام القبض ، وأما أبو يوسف فلما لم يشرط تمام قبض متول انبنى عليه جواز شرط الخيار . وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل ، وهو قول يوسف بن خالد السمتي لأن الوقف كالإعتاق فى أنه إزالة الملك لا إلى مالك ، ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط ، فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار فى المسجد يبطل ويتم وقف المسجد،ومثل ذلك قال الهندوانى : على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر فى المنع من الزوال ، ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ، ومع شرط الخيار لايتم الرضا ولا القبض فكان كالإكراه على الوقف فلا يتم معه ، بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطا فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة ، وكذا فى الإعتاق فإن القبض فيه ليس شرطا . والحاصل أنه إن تم اه شرط التسليم فى أصل الوقف تم له هذا وقدمنا ما فيه، وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيدا بل أن يكون معلوما ؛حتى او كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لايجوز بالاتفاق ، وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال : إن بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وإن لم يوقت لهفالوقف والشرط باطلان ، ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد : فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لأن الوقف لايجوز إلامؤبدا والخيار يمنع التأبيد، وكان شرط الخيار فى نفس العقد، بخلاف البيع فإن الخيار فيه لايمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد فى صلب العقد ، فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز ، ذكره فى فتاوى قاضيخان : ولايبطل الوقف بالشروط الفاسدة ، ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط . وفى فتاوى قاضيخان أيضا قال الفقيه أبو جعفر : إعتاق المشترى قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ، ولو اشترى أرضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له أن يصنع به ما شاء .

[فروع] اشترى أرضا على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ، ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشترى ثم أسقط البائع الخيار لاتكون وقفا ، ولو وقفها البائع صح ، ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لايصح الوقف ، وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى ، وكذا لو وقفها فى الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أى القدورى (على قول أبي يوسف) حيث قال :

الخيار يمنع التأبيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا فى نفس العقد فكان المفسد قويا (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أى فقد نص القدورى فى فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف بقوله وإذا جعل الواقف إلى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا ، وهو ظاهر المذهب ، وذكر هلال فى وقفه ، وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشرط لم تكن له ولاية، وهذا بظاهره لايستقيم على قول أبي يوسف لأن له الولاية شرط أو سكت ، ولا على قول محمد لأن التسليم إلى المتولى شرط صحة الوقف فكيف يصح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم إلى المتولى ، فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم الخ ، ومعناه إذا سلمه إلى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ماسلمه إلى المتولى ، والدليل على ذلك ماذكره محمد فى السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لاتكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه ، وأما إذا لم يشترط فى ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم .

وهوقول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب. وذكر هلال فى وقفه. وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد ، لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ، ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته ، كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ، وكمن أعتق عبدا كان الولاء له

أو جعل الولاية به إليه جاز على قول أبى يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب . وذكر هلال فى وقفه) فقال (وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشرط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ، ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب . وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه ينافى هذا الشرط. أجيب بوجهين : أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولى فإن الولاية تكون له عند محمد ، فإنه ذكر فى فتاوى قاضيخان ، ذكر محمد فى السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه ، وأما إذا لم يشرط فى ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم ، إلى أن قال : وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم ، إلا أن شرط الولاية لنفسه ، وأما على قول أبى يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وإن لم يشرطها ، ومثل هذا الذى ذكره فى الكتاب مذكور فى التتمة والذخيرة ، والآخر أن معنى قول محمد إن شرط الولاية لنفسه فهى له أنه إذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا ، لأن شروط الواقف تراعى ، ومن ضرورته سقوط التسليم . قال فى النهاية : كذا وجدت فى موضع بخط ثقة ، وقد منا فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه . ثم استدل المصنف على قول أبى يوسف الذى جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولى فيه من شاء ممن يصلح لذلك ، وهو من لم يسأل الولاية فى الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل ، لأن الحاكم هو الذى يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل ، بخلاف ما إذا شرطها لنفسه ، وقد يتم قوله (ولأنه أقرب الناس إلى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فإن القاضى ليس أقرب منه إليه ، والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لأنه وإن زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف يصرفه إلى الجهات التى عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب وليا . وقوله (كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن ، وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه

قال قاضيخان : وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه ، أما على قول أبى يوسف فالتسليم إلى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه . وقوله (ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته) استدلال لأبى يوسف ، وعبر عنه بقوله : ولنا إشارة إلى أنه المختار ، وكلامه الباقى ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، والله أعلم .

لأنه أقرب الناس إليه . ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء ، كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار ، وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل .

(فصل)

أقرب الناس إليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه ، وأما نصب المؤذن والإمام فقال أبو نصر فلأهل المحلة وليس البانى أحق منهم بذلك . وقال أبو بكر الإسكاف : البانى أحق بنصبهما من غيره كالعمارة . قال أبو الليث : وبه نأخذ إلا أن يريد إماما ومؤذنا والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك ، كذا فى النوازل (ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي أن يخرجه نظرا للفقراء . كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار ، وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجه عنه ويوليها غيره) لا يلتفت إلى شرطه إذا كان غير مأمون لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل ، وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه . وفى فتاوى قاضيخان : لو جعل الواقف ولاية الوقف إلى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما إلى صاحبه فى أمر الوقف ومات جاز تصرف الحيّ فى جميع الوقف . وعن أبى حنيفة لا يجوز لأنه إنما رضى برأيهما . وفيها لو جعل أرضه وقفا فى مرض الموت فجعل رجلا وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فإن ولاية الوقف لا تكون إلى الوصيّ ، ولو قال أنت وصى فى أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف : هو كما قال . وقال أبو حنيفة : هو وصى فى الأشياء كلها .

(فصـــل)

لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة : فعند أبى حنيفة لا يشترط فى زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الإيصاء به ، ولا يجوز مشاعا عند أبى يوسف ، ولا يشترط التسليم إلى المتولى عند محمد أفرده بفصل على حدته وأخره . هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ، ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر : ذكر محمد فى كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبناها بناء المسجد جاز عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعليه قيمتها للبائع .

(فصـــل)

فصل أحكام المسجد عما قبله فى فصل على حدة لمخالفة أحكامه لما قبله فى عدم اشتراط التسليم إلى المتولى عند محمد ومنع الشيوع عند أبى يوسف ، وخروجه عن ملك الواقف عند أبى حنيفة وإن لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد ، فإن الوقف إذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا إلى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه ، وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأن الوقف اجتمع فيه معنيان : الحبس ، والصدقة . فإذا قال وقفت فكأنه قال حبست العين على ملكى وتصدقت بالغلة ، ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لأن التصدق بالغلة المعدومة لا يصح ، فإذا أوصى به أو أضافه إلى ما بعد الموت كان لازما بعد موته ،

(فصـــل وإذا بنى مسجدا)

(وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه ، فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) . أما الإفراز فلأنه لايخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لابد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ، ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه ، أو لأنه لما تعذر القبض فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة ، وكذا عن محمد لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه . وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بني لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف : يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط ملك العبد فيصير خالصا لله تعالى

وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض إلى البائع بفساد البيع . قال : فاشتراط البناء له دليل على أن لايكون مسجدا قبل البناء عند الكل . وذكر هلال أنه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان . قال الفقيه أبو جعفر : في الوقف أيضا روايتان . والفرق على إحداهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة ، وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لايصلح لله تعالى ، ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ، وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه ويأذن للناس في الصلاة فيه ، فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما ، وفي رواية أخرى عنهما : لايزول إلا بصلاة جماعة ، وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا . أما قولهما فلأن الملك لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله في اشتراط التسليم ، لكن لايتعين المتولي لأن تعينه لتحقق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى ، ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على مامر لا كل عبد ، بل الذي تعود منفعته إليه ، غير أن المتولي يقام مقامهم في القبض ، ومقام الواقف في إقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه ، وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد ، لأن قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد . وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده ، والصحيح أنه لايكفي لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لايكفي ، فكذا صلاته . ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة ، فإنها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ، ولهذا يشترط كونها بأذان وإقامة عندهما . ولو جعل له واحدا مؤذنا وإماما فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق ، لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ، ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض . وقولنا لايتعين المتولي يفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وإن لم يصل فيه أحد . وفيه اختلاف المشايخ . والوجه الصحة ، لأن بالتسليم إلى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه . وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة

وأما إذا قال جعلت أرضي مسجدا فليس فيه مايوجب البقاء على ملكه ، فلو أزاله الله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالإعتاق ، وكلامه واضح . وقوله (وعن محمد أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ، ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذان وإقامة ، حتى لو صلى جماعة بغير أذان وإقامة سرا لايصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد ، فإن أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن صلاته على

بسقوط حق العبد وصاركالإعتاق ، وقد بيناه من قبل . قال : ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه ، وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما فى مسجد بيت المقدس . وروى الحسن عنه أنه قال : إذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد ، لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق فى السفل دون العلو . وعن محمد على عكس هذا لأن المسجد معظم ، وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه .

ونحوها لايوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لاينبئ عنه ، والصدقة ليس معناها إلا التصدق بالغلة وهى معدومة فلا يصح ، بل الوقف ينبئ عن الإبقاء فى الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك فى محل الاجتهاد ، بخلاف قوله جعلته مسجدا فإنه ليس منبئا عن إبقاء الملك ليحتاج إلى القضاء بزواله ، فإذا أذن فى الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف فى ذلك بخروجه عنه ، ومقتضى هذا أمران : أحدهما أنه لايحتاج فى جعله مسجدا إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال الشافعى : لابد من قوله وقفته أوحبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قربة فكان كالوقف على الفقراء ، ونحن نقول : إن العرف جار بأن الإذن فى الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به ، فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر نثارا كان إذنا فى أكله والتقاطه ، بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال ، ولوجرت به عادة فى العرف اكتفينا بذلك كمسئلتنا . والثانى أنه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن فى الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لايصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد . وأبو يوسف رحمه الله مرّ على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن فى الصلاة أو لم يأذن ، ويصير مسجدا بلاحكم لأنه إسقاط كالإعتاق ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وينبغى أن يكون قول أبى يوسف إن كلا من مجرد القول والإذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله بيعه ويورث عنه إذا مات) ولو عزل بابه إلى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لأحد فيه حق ، قال الله تعالى ـ وأن المساجد لله ـ مع العلم بأن كل شيء له فكان فائدة هذه الإضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكر . أما إذا كان السفل مسجدا فإن لصاحب العلو حقا فى السفل حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتد فيه وتدا على قول أبى حنيفة ، وباتفاقهم لايحدث فيه بناء ولا مايوهن البناء إلا بإذن صاحب العلو ، وأما إذا كان العلو مسجدا فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل ، بخلاف ما إذا كان السرداب أو العلو موقوفا لصاحب المسجد فإنه يجوز إذ لاملك فيه لأحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب . وروى عن أبى حنيفة أنه إذا جعل السفل

بهذا الوصف كالجماعة . وقوله (وقد بيناه من قبل) إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق ، والسرداب بكسر السين معرب سردابة : وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد . وقوله (فله أن يبيعه) أى لايكون مسجدا وهو ظاهر الرواية ، لأن المسجد ما يكون خالصا له تعالى ، قال تعالى ـ وأن المساجد لله ـ أضاف المساجد إلى ذاته مع أن جميع الأماكن له ،

(قوله وقوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ويتم الوقف الخ) أقول : وفيه بحث ، بل هو إشارة إلى قوله وإذا كان الملك يزول بالقول عند أبى يوسف الخ .

وعن أبي يوسف أنه جوّز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة . وعن محمد أنه حين دخل الريّ أجاز ذلك كله لما قلنا . قال (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد مالا يكون لأحد فيه حق المنع ، وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا، ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد أنه لايباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا ، وهكذا عن أبي يوسف أنه يصير مسجدا لأنه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر . قال (ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لأنه تجرّد عن حق العباد وصار خالصا لله ، وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ماثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق .

مسجدا دون العلو جاز لأنه يتأبد ، بخلاف العلو ، وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط ، فإن التأبيد شرط وهو مع المقتضي ، وإنما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد ، وعن محمد عكسه لأن المسجد يعظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف أنه جوّز ذلك في الأولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الأماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الريّ) وهذا تعليل صحيح لأنه تعليل بالضرورة (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) إذنا عاما (له أن يبيعه ويورث عنه ، لأن المسجد ليس لأحد حق المنع منه ، وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه) الأربع (كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ، ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى) وعن كل من أبي حنيفة ومحمد أنه يصير مسجدا ، لأنه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصر مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الإجارة بلاذكر (قوله ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحته بشرطه . وفي فتاوى قاضيخان : رجل له ساحة لابناء فيها أمر قوما أن يصلوا فيها بجماعة ، قالوا : إن أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الأبد إلا أنه أراد الأبد ثم مات لايكون ميراثا عنه ، وإن أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات يورث لأنه لابد من التأبيد والتوقيت ينافيه ، ومقتضى هذا أن لايصير مسجدا فيما إذا أطلق إلا إذا اعترفت الورثة بأنه أراد الأبد ، فإن نيته لاتعلم فلا يحكم عليهم بمنع إرثهم بما لم يثبت . ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أوحانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه . ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرها ، فلو كان طريقا للعامة أدخل بعضه بشرط أن لايضرّ بالطريق . وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجدا ، أو يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة اهـ . يعني إذا احتاجوا إلى ذلك ، ولأهل المسجد

فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ، ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لايتحقق الخلوص (قوله وعن أبي يوسف أنه جوّز في الوجهين) يعني فيما إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت . وعن محمد أنه أجاز ذلك كله : أي ما تحته سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين ، وإنما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ، ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد ، وقوله لما قلنا يعني من الضرورة . قال (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لأنه اسم مبهم لداخل صحن الدار لالشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح . وقوله (ولأنه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى ، حتى لو عزل بابه

ولوخرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه، وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه ،

أن يجعلوا الرحبة مسجدا ، وكذا على القلب ويحوّلوا الباب أويحدثوا له بابا آخر ، ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ، ولهم أن يهدموه ويجددوه ، وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك ، وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم ، وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولى إلا بإذن القاضي ، الكل من الخلاصة ، إلا أن قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة ، وفيه نظر . وقد ذكر المصنف فى علامة النون من كتاب التجنيس : قيم المسجد إذا أراد أن يبنى حوانيت فى المسجد أو فى فنائه لايجوز له أن يفعل ، لأنه إذا جعل المسجد سكنا تسقط حرمة المسجد، وأما الفناء فلأنه تبع للمسجد (قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) أى استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بأن كان فى قرية فخربت وحوّلت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند أبي يوسف ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . وعن أحمد يباع نقضه ويصرف إلى مسجد آخر ، وكذا فى الدار الموقوفة إذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها إلى وقف آخر لما روى أن عمر كتب إلى أبي موسى لما نقب بيت المال الذى بالكوفة انقل المسجد الذى بالتمارين واجعل بيت المال فى قبلة المسجد (وعن محمد يعود إلى ملك الواقف) إن كان حيا (وإلى ورثته) إن كان ميتا وإن لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه فى بناء مسجد آخر . وجه قوله أنه (عينه لقربة وقدانقطعت فينقطع هو أيضا وصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه) وقنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك متخذه ،

إلى الطريق الأعظم صار مسجدا (قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجدا عند أبي يوسف) إلى أن قال : وعند محمد يعود إلى ملك الباني . قال فى النهاية : وفى الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بيناه، فإن أبا يوسف لا يشترط فى الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك فى الإنتهاء، وإن ترك الناس الصلاة فيه لايخرج من أن يكون مسجدا ومحمد يشترط فى الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء ، وإذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا . وحكى أن محمدا مرّ بمزبلة فقال : هذا مسجد أبي يوسف ، يريد به أنه لما لم يقل بعوده إلى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ، ومرّ أبو يوسف بإصطبل فقال : هذا مسجد محمد : يعنى أنه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك إصطبلا بعد أن كان مسجدا ، فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه لما أشار إليه . استدل أبو يوسف بأنه سقط ملكه فى ذلك المقدار فلا يعود إلى ملكه واستظهر بالكعبة ، فإن فى زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الأصنام ، ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن أن يكون موضعا للطاعة والقربة خالصا لله تعالى ، فكذلك فى سائر المساجد . ومحمد يقول : عين هذا الجزء من ملكه مصروفا إلى قربة بعينها ، فإذا انقطع ذلك عاد إلى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد

(قال المصنف : ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف ، إلى قوله : وعند محمد يعود إلى ملك البانى) أقول : قال الكاكى : حكى أن محمدا مر بمزبلة فقال : هذا مسجد أبي يوسف، وأبو يوسف مر بإصطبل فقال : هذا مسجد محمد ، لأنه لما عاد إلى ملك الواقف ربما يجعله إصطبلا بمرور الزمان انتهى . وفى توجه طعن أبي يوسف تأمل ، فإن الاستبعاد فى بقائه مسجدا على تلك الحال كما فى المزبلة على قول أبي يوسف ، وليس الإصطبل كذلك عند محمد فإنه خرج عن أن يكون مسجدا فسقط ملكه فى ذلك المقدار من الزمان .

إلا أن أبا يوسف يقول فى الحصير والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر .

وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن إلى ملك مالكه ، وكهدى الإحصار إذا زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء . واستدل أبو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة ؛ فإن الإجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة ، إلا أن لقائل أن يقول : القربة التى عينت له هو الطواف من أهل الآفاق ، ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة ، وإن كان لا يصح منهم لكفرهم ، على أن الإيمان لم ينقطع من الدنيا رأسا ، فقد كان لمثل قس بن ساعدة أمثال . فالأوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالمعتق كما لا يعود إذا زال إلى مالك من أهل الدنيا إلا بسبب يوجب تجدد الملك ، فما لم يتحقق لم يعد . وأما ما قاس عليه من هدى الإحصار فليس بلازم لأنه لم يزل ملكه قبل الذبح ، وكذا الكفن باق على ملك مالكه ، إنما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود إلى المعير . وأما الحصير والقناديل فالصحيح من مذهب أبى يوسف أنه لا يعود إلى ملك متخذه بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ، ولأنه ما جعله مسجدا ليصلى فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلى فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم . وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيده لأنه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال فى المسجد ، واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور . وفى الخلاصة : قال محمد فى الفرس إذا جعله حبيسا فى سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته كما فى المسجد ، وإن لم يعلم صاحبه يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة إلى الحاكم ، ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا فى محلة ومات أهلها كلهم لا يرد إلى الورثة بل يحمل إلى مكان آخر ، فإن صح هذا من محمد فهو رواية فى الحصر والبوارى أنها لا تعود إلى الورثة ، وهكذا نقل عن الشيخ الإمام الحلوانى فى المسجد والحوض إذا خرب ولا يحتاج إليه لتفرق الناس عنه أنه يصرف أوقافه إلى مسجد آخر أو حوض آخر .

واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما إذا استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقض إلى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لأبى يوسف ، وكذا حانوت فى سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشىء البتة يخرج عن الوقفية ، وكذا فى حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه ، فإن لم يعرف فهو لقطة ، وكذا الرباط إذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ، ولو بنى رجل على هذه الأرض فالبناء للبانى وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد ، فقول من قال : فى جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه . وفى الفتاوى الظهيرية : سئل الحلوانى عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى بيعها ويشترى بثمنها أخرى ؟ قال نعم . وروى هشام عن محمد أنه قال : إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ، وعلى هذا فينبغى أن لا يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه ، بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول ، وكذا للمتولى أن يبيع من تراب مسبلة إذا كان فيه مصلحة . وفى فتاوى قاضيخان : وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه ، وإن كان أصله يستأجر بشىء قليل يبقى أصله وقفا انتهى . ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وتصير كوما وهى بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبنى أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع

وحصيره إذا استغنى عنه ، إلا أن أبا يوسف يقول فى الحصير والحشيش ينقل إلى مسجد آخر .

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ؛ ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى مابعد الموت كما فى الوقف على الفقراء ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبى يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله ، إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم . وعند محمد إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ، ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله ، وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ،

كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها إليه إلا النقض . فإن قلت : على هذا تكون مسئلة الرباط التى ذكرنا لما مقيدة بما إذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر . قلنا : إلا لأن الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه ؛ بخلاف هذه فإن المراد وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ، ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم مايعاد به يباع ويحفظ ثمنه فى يد القائم بأمر الواقف إلى أن يحتاج الباقى إلى العمارة فيصرف فيه ، وكذا إذا يبس بعض أشجار الأرض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الأرض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لأنه لاحق لهم فيما سوى الغلة ، بل الحال أنه إن أمكن شراء شىء يستغل ولو قليلا أو إجارة الأرض بشىء ولو قليلا فعل وحفظه لعمارة ما بقى . ولو خرب الكل وتعذر أن يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا حينئذ يرجع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه إلى متول (لأنه لم ينقطع حقه عنه ؛ ألا ترى أنه ينتفع به) فى الحال (فله أن يسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى مابعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت ، وله أن يرجع عنه قبل موته على مامر (كما فى الوقف على الفقراء) بل أولى لأن الثابت فى كل منهما لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه فى وقفت وتصدقت ، وفى هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا ، بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لايشترط فى زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلاحكم . وعند أبى يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله . وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لايزول (حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا فى المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرنا) من سكناهم الخان والرباط إلى آخره (ويكتفى بالواحد) فى التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أى تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتفره (والحوض) يزول الملك إذا استقى منهما واحد أو شربت دابة ، ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له فى طريق المسلمين وجعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد بإذنه على قول من يشترط القبض فى الأوقاف وكذا القنطرة

وقوله (ومن بنى سقاية أو خانا) ظاهر . وقوله (بخلاف المسجد) يعنى أن حكم الحاكم والإضافة إلى مابعد الموت ليسا بشرط فى المسجد . وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعنى أن التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن فى السقاية والخان والرباط والمقبرة .

ولو سلم إلى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما فى المسجد فقد قيل لايكون تسليما لأنه لاتدبير للمتولى فيه ، وقيل يكون تسليما لأنه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه ، فإذا سلم إليه صح التسليم ، والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ماقيل لأنه لا متولى له عرفا ، وقيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى ، لأنه لو نصب المتولى يصح وإن كان بخلاف العادة ، ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاجّ بيت الله والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين ، أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن فى الغلة تحلّ للفقراء دون الأغنياء ، وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنىّ والفقير ،

يتخذها للمسلمين تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه) أعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعنى المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أى تسليمه (كفعلهم) أى تسلمهم (وأما فى المسجد فقيل لايكون تسليما ، وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ، ووجه المصنف الصحة (بأنه) أى المسجد (يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه ، فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متول له عرفا . واختلف فى المقبرة ، قيل كالمسجد على القول بأنه لايكتفى فى إزالة الملك عنه التسليم إلى متول (لأنه لا متولى له) فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم إلى المتولى) (قوله ولو جعل دارا له بمكة سكنى للحاج والمعتمرين ، أوجعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين ، أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين ، أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى فى السقاية والمقبرة وفى الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبى يوسف . وعند أبى حنيفة له أن يرجع مالم يحكم بذلك حاكم . ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لايرجع إلى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ، ثم إذا رجع فى المقبرة بعد الدفن لاينبشها ، لأن النبش حرام ، ولكن يسوّى الأرض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن . والفتوى فى ذلك كله على خلاف قول أبى حنيفة رضى الله عنه للتعامل المتوارث . هذا وتفارق المقبرة غيرها بأنه لوكان فى المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لأن موضعها لم يدخل فى الوقف لأنه مشغول بها ، كما لوجعل داره مقبرة لايدخل موضع البناء فى الوقف ، بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان فى عقار وقفه دخلت فى الوقف تبعا ، ولو نبتت فيها بعد الوقف إن علم غارسها كانت للغارس ، وإن لم يعلم فالرأى فيها للقاضى إن رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون فى الحكم كأنها وقف . ولو كانت قبل الوقف لكن الأرض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالأشجار على ماكانت عليه قبل جعلها مقبرة . ولو أن رجلا غرس شجرة فى المسجد فهى للمسجد ، أو فى أرض موقوفة على رباط مثلا فهى للوقف إن قال للقيم تعاهدها ، ولو لم يقل فهى له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسا للوقف . ولو غرس فى طريق العامة أو على شط النهر العام أو

وقوله (فى هذه الوجوه) أى فى السقاية والخان والرباط والمقبرة . وقوله (ويكتفى بالواحد) ظاهر . وقوله (سكنى الحاجّ بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمّار فى قوله تعالى ـ سامرا تهجرون ـ

والفارق هو العرف في الفصلين ، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول ، والغنيّ لايحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

شط الحوض القديم فهي للغارس ، لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة ، وكذا على شط نهر القرية ، ولو قطعها فنبت من عروقها أشجار فهي للغارس . ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه، إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية ، لكن إذا احتيج إلى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه . ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره أن يقبر فيه وإن كان في الأرض سعة ، إلا أن الأولى أن لايوحشه إن كان فيها سعة ، وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لاينبغي أن يوحش الأول إن كان في المكان سعة . وذكر الناطفي أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ، ولا يجوز لأهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة ، فإن كان فيها حشيس يحش ويخرج إلى الدوابّ ولا يرسل الدوابّ فيها . ثم في جميع ماذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغني والفقير ، بخلاف وقف الغلة على الغزاة فإنها تحلّ للفقراء دون الأغنياء منهم . قال المصنف (والفارق) فيه (العرف فإن) الواقفين من (أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ، ولأن الحاجة تشمل الغنيّ والفقير في الشرب والنزول) لأن الغني لايقدر على استصحاب مايشربه في كل مكان ، ولا على أن يشترى ذلك في كل منزلة من السفر ، وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لأن العرف على أن بناء الأربطة للفقراء . وهذان فصلان في المتولي والموقوف عليه :

(الفصل الأوّل في المتولي)

قالوا : لايولى من طلب الولاية على الأوقاف كمن طلب القضاء لايقلد ، وللمتولي أن يشترى بما فضل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العمارة مستغلا ، ولا يكون وقفا في الصحيح حتى جاز بيعه . ومن سكن دار الوقف غصبا أو بإذن المتولي بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال أو غير معدّ له ، حتى لو باع المتولي دارا للوقف فسكنها المشترى ثم رفع إلى قاض هذا الأمر فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشترى أجرة مثله ، وللمتولي أن يستأجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها ، فإن كان أكثر فالإجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ، ويضمن لو دفع من مال الوقف ، وإن علم الأجير أن ما أخذه من مال الوقف لايحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف . ولو أدخل جذعا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي إذا أنفق على الصغير ، وله أن يشترى من غلة المسجد دهنا وحصيرا وآجرا وحصا لفرش المسجد إن كان الواقف وسع فقال يفعل مايراه مصلحة ، وإن وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك ، فإن لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ، ولايستدين على الوقف إلا إذا استقبله أمر لابد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة الوقف . وذكر الناطفي : وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبزره بأمر القاضي ، لأن القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصح بأمره ، بخلاف المتولي لايملكه . والاستدانة أن لايكون في يده شيء فيستدين ويرجع ، أما إذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فإنه يرجع بالإجماع لأنه كالوكيل

والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ، ويقال رابط الجيش : أقام في الثغر بإزاء العدو مرابطة ورباطا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

إذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف ، فإن فعل وسكنها المرتهن ضمن أجرة المثل . ولو أنفق دراهم الوقف فى حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها فى الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ، ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل . ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج إلى مال للدفع شرهم قال الشيخ الإمام : ماكان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه إلى ذلك على وجه القرض إذا لم تكن حاجة للمسجد إليه . وله أن يبنى على باب المسجد ظلة لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف إن كان على مصالح المسجد ، وإن كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح . والأصح ما قاله ظهير الدين أن الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء . وإذا كان على عمارة المسجد لا يشترى منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن إن فعل . ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فأوصى إلى رجل قالوا يكون وصيا وقيما ، هذا فى قول أبى يوسف ، لأن التسليم ليس بشرط فصح الوقف فى حياته بلا تسليم بخلاف مالو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصى قيما فى الوقف . قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيما بغير أمر القاضى فقام وأنفق من غلات وقف المسجد فى عمارته اختلف المشايخ فى هذه التولية والأصح لا تصح . بل نصب القيم إلى القاضى، لكن لا يضمن ما أنفق فى العمارة من غلاته إذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق ، لأنه إذا لم تصح ولايته فإنه غاصب والغاصب إذا أجر المغصوب كان الأجر له ويتصدق به . كذا فى فتاوى قاضيخان . وأنت تعلم أن المفتى به تضمين غاصب الأوقاف . بخلاف ما إذا كان وقف على أرباب معلومين فإن لهم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح ، لكن قيل الأولى أن يرفعوا أمرهم إلى القاضى لينصب لهم . وقيل بل الأولى فى هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم . وليس للمشرف أن يتصرف فى مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير ، وهذا يختلف بحسب العرف فى معنى المشرف . وللمتولى أن يفوض إلى غيره عند موته كالوصى له أن يوصى إلى غيره ، إلا أنه لو كان الواقف جعل لذلك المتولى مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى إليه بل يرفع الأمر إلى القاضى إذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله إلا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول ، وليس للقاضى أن يجعل للذى أدخله ماكان الواقف جعله للذى كان أدخله لأن للواقف فى هذا ما ليس للحاكم ، وكذا إذا أخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن . فالأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا فى ثلاث : هذه إحداها . والثانية إذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع . والثالثة القاضى إذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه. أما لو كان القاضى أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد أنه يضمن . ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندى أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا ، أما لو مات قبل أن يقول ضمن . وكذا لو باع المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فإنه يكون دينا فى تركته ، وللناس أن يأخذوا المتولى بتسوية حائط الوقف إذا مال إلى أملاكهم ، فإن لم تكن له غلة يرفع إلى القاضى ليأمر بالاستدانة لإصلاحها، وله أن يبنى قرية فى أرض الوقف للأكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبنى بيوتا يستغلها إذا كانت الأرض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة ، فإن كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبنى . وفى النوازل فى إقراض مافضل من مال الوقف قال :

إن كان أحرز للغلة أرجو أن يكون واسعا ولا يؤجر الوقف إجارة طويلة وأكثر مايجوز ثلاث سنين ، وليس له الإقالة إلا إن كانت أصلح للوقف . ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف وقال زرعتها لنفسى وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله ، وعلى الواقف والمتولى فى هذا نقصان الأرض ، وليس عليهما أجر مثل الأرض ويقول القاضى له ازرعها للوقف ، فإن قال ليس للوقف مال أزرعها به يأمره بالاستدانة لذلك ، فإن قال لايمكننى يقول لأهل الوقف استدينوا ، فإن قالوا لايمكننا بل نزرع لأنفسنا لايمكنهم ، لأن الوقف فى يد الواقف فهو أحق به ولا يخرجه عنه إلا أن يكون غير مأمون ، ذكر هذه المسئلة بفروعها فى فتاوى قاضيخان وغيره . وينعزل الناظر بالجنون المطبق إذا دام سنة نص عليه الخصاف لا إن دام أقل من ذلك ، ولو عاد إليه عقله وبرأ من علته عاد إليه النظر . وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئا، وله أن يعزله ويستبدل به أو لايستبدل،ولوجن انعزل وكيله ويرجع إلى القاضى فى النصب . ولو أخرج حاكم قيما فمات أو عزل فتقدم المخرج إلى القاضى الثانى بأن ذلك القاضى أخرجه بلا جنحة لايدخله لأن أمر الأول محمول على السداد ، ولكن يكلفه أن يقيم عنده بينة أنه أهل وموضع للنظر فى هذا الوقف ، فإن فعل أعاده . وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب إلى الله وأقام بينة أنه صار أهلا لذلك فإنه يعيده ، وليس على الناظر أن يفعل إلا مايفعله أمثاله من الأمر والنهى بالمصالح ويصرف الأجر من مال الوقف للعملة بأيديهم ، ولذا قلنا لو عمى أو طرش أو خرس أو فلج ، إن كان بحيث يمكنه الكلام من الأمر والنهى والأخذ والإعطاء فله الأجر الذى عينه له الواقف ؛ وللناظر فى الوقف على الفقراء أن يعطى قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لايدخل كثرة بحيث يخاصصونهم . وفى وقف الخصاف : أن حكم القاضى أن لايعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره ، وما لم يحكم بذلك له أن يعطى غيره ويحرمه لأن فى كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شروط حتى ظفرت فى المسئلة بقويلة أن هذا الحكم لايصح ولا يلزم .

(الفصل الثانى فى الموقوف عليه)

وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين ، وكذا على زيد وعمرو فرد أحدهما أو ظهر أنه كان ميتا فنصيبه للمساكين ، وكذا إذا ردا جميعا ، ومن قبل بعد الرد لايعود ، ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك . أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ماسوى ذلك فإنه يجوز وحصته من هذه السنة للباقى من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ، ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يردها بل بعدها على ولده ، وقوله على ولد فلان أبدا ماتناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء ، فإذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء إليهم إلا أن يردوه ، ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت ، بخلاف ما لو أوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فرد واحد فحصته لورثة الموصى ، وهذه مما افترق فيه الوصية والوقف ، والفرق ذكره هلال وغيره . وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده فى رد مالولده صغارا كانوا أو كبارا . وقف على ولده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوى فيه الذكر والأنثى إلا أن يخص صنفا ما دام واحد منهم فالكل له ، فإن لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له

لايشاركه من دونه من البطون ، فإن كان ابن بنت لايدخل فى ظاهر الرواية ، وبه أخذ هلال : وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية . ثم إذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن إليه، ولوضم إلى الولد ولد الولد فقال على ولدى وولد ولدى ثم للمساكين اشترك فيه الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته، كذا اختاره هلال والخصاف وصححه فى فتاوى قاضيخان . وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال : لم أجد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا ، وإنما روى عن أبى حنيفة فيمن أوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله، فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم بموت الموصى كان بينهم ، فإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لولد الذكور دون البنات فكأنهم قاسوا على ذلك وهذه هى وزان المسئلة الأولى . وفرق شمس الأئمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده ، بخلاف قوله ولدى فإن ولد البنت لايدخل فى ظاهر الرواية ، لأن اسم ولده يتناول ولده لصلبه ، وإنما وضع فى ولد ابنه لأنه ينسب إليه عرفا . قال : وذكر محمد رحمه الله أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا ، لكن ذكر المصنف فى التجنيس أن الفتوى على ظاهر الرواية؛ فقد اختلفوا فى الاختيار ، والوجه الذى ذكر شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة ، لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فإنه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا ولد ابنه وكلام الواقفين منصرف إلى العرف فإن تخاطبهم به، بخلاف ما إذا لم يضف إلى الولد كما يقال ولدت فلانة فإنه يقال أولدت ذكرا أو أنثى ؟ فإن هذا الاستفهام ظاهر فى عدم فهم الذكر بخصوصه. وإذا عرف الاختلاف فى دخول أولاد البنات فى أولاد أولادى فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادى وأولاد أولادى إدخال ابن البنت على الخلاف لايدخل على ظاهر الرواية لأنه ليس ابن ولد الولد ، وعلى الرواية الأخرى يدخل ؛ ثم إذا انقرض ولد الولد لايعطى لمن بعدهم بل للفقراء ، ولو قال ولدى وولد ولدى وولد ولدى وولدى صرفت إلى أولاده أبدا ماتناسلوا ، ولا يصرف للفقراء ماكان من نسله واحد ويستوى الأقرب والأبعد إلا أن يرتب الواقف، ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدى ، ولو قال ولدى وأولادهم وله أولاد أولاد مات آباؤهم قبل الوقف لايدخلون مع أولاد الأولاد الموجودين، لأنه لما قال بعد موت أولئك على أولادى فإنما أراد الموجودين. وضمير أولادهم يرجع إليهم خاصة ، بخلاف أولادى وأولاد أولادى لاموجب لقصره على الأولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ، ولو قال أولادى وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فمات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقين من إخوته ، بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد إذا مات من سواه، ولو قال على بنىّ وله ذكران صرف إليهما، وإن كان واحد فله النصف والنصف الآخر للفقراء لأن أقل الجمع اثنان ، فإنما جعل مستحق كله اثنين . وعليه فرّع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدى وليس فى ولده محتاج إلا واحد أن النصف له والنصف الآخر للفقراء ، غير أنه يشكل بأولادى فإنه يصرف للواحد الكل إلا أن يكون عرف فى أولادى يخالف كل جمع لمادة غيره كبنىّ والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادى . ونقل الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجازه أبو يوسف لأن الفقراء لايحصون فكان المقصود الجنس . ومنعه محمد للجمعية فوجب إعطاء اثنين وتدخل البنات

فى قوله بنىّ واختاره هلال . وعن أبى حنيفة اختصاص الذكور به . قال بعض المشايخ : فى المسئلة روايتان انتهى. والوجه الدخول لما عرف فى أصول الفقه ، وعليه بنوا قول المستأمن آمنونى على بنىّ تدخل البنات . قال فى الخلاصة : وهذا إنما يستقيم فى بنى أب يحصون، أما فيما لايحصون فيصح أن يقال هذه المرأة من بنى فلان انتهى يعنى فتدخل المرأة بلا تردد . ولو لم يكن له إلا بنات صرفت الغلة للفقراء ، وعلى بناتى لاتدخل الذكور ، ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقا فى بطن أمه، حتّى لوحدث ولد بعد خروج للغلة بأقل من ستة أشهر استحق ، ومن حدث إلى تمامها فصاعدا لايستحق لأنا نتيقن بوجود الأوّل فى البطن عند خروج الغلة فاستحق ، فلومات قبل القسمة كان لورثته . وهذا فى ولد الزوجة ، أما لو جاءت أمته بولد لأقل من ستة أشهر فاعترف به لايستحق لأنه متهم فى الإقرار على الغير : أعنى باقى المستحقين ، بخلاف ولد الزوجة فإنه حين يولد ثابت النسب . ولو مات الواقف من غير تخلل وقت يمكن فيه الرجوع إلى أهله فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك ، وكذا لو طلقها عقيب الوقف بلا تخلل مدة كذلك ، بخلاف ما إذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال أنه من حمل حدث وخروج الغلة التى هى المناط وقت انعقاد الزرع حبا . وقال بعضهم : يوم يصير الزرع متقوما ذكره فى فتاوى قاضيخان ، وهذا فى الحبّ خاصة . وفى وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة ، وينبغى أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما فى الحب لأنه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده . وأما على طريقة بلادنا من إجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار إدراك القسط فهو كإدراك الغلة ، فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتّى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا ، وهذا كله بخلاف ما لوقال على أصاغر ولدى أو العميان منها أو العور فإن الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم الغلة ، بخلاف الوقف على ساكنى البصرة مثلا وبغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة ، والأصل أن ماكان لايزول فهو كالاسم العلم ، وكذلك إذا زال على وجه لايحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف ، بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال . ولوقال من خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لايعود سهمه ؛ كما لو وقف على الأيامى على أن من تزوّجت سقط سهمها فتزوّجت بواحد ثم طلقت لايعود إلا إن كان نص على ذلك ، وكل من مات من المستحقين إذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين ، فقد تنتقض القسمة فى كل سنة ويعطى الغنىّ والفقير من الأولاد إلا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم ؛ فمن ادعى الحاجة منهم لايعطى مالم يثبتها عند القاضى ، ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقديما لبينة غناه لأنها أكثر إثباتا . ومن ولد لأقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة لايستحق عند هلال لأنه لايوصف بالحاجة فى بطن أمه، ولذا لم يجعل نفقة الحامل فى مال من فى بطنها ، واستحق عند الخصاف لأنه كان مخلوقا قبل مجىء الغلة ولا مال له . ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ؛ ومن افتقر بعد الغنى رجع إليه الكل . وفى وقف الخصاف رحمه الله : لواجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتّى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر إلى من كان فقيرا وقت الغلة ثم استغنى فأعطيه ، بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لايعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعدها ، وكذا

لو خص عميان أولاده ونحوه تعينوا ، والمحتاج الذى يصرف إليه من تدفع إليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار يستغلها وإن لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها ويتفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب ، بخلاف الدار التى يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال ، كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال .

واعلم أنه إذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغنى والفقير منهم إلا أن يختص الفقراء كما ذكرنا . وأما غيرهم قال شمس الأئمة إذا ذكر مصرفا فيهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لايحصون ، لأن المطلوب وجه الله تعالى . ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الأغنياء والفقراء، فإن كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم، وإن كانوا لايحصون فهو باطل ، إلا إن كان فى لفظه مايدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم ، فانبنى على هذه مالو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو على تميم أو بنى هاشم لايجوز شىء من ذلك لانتظامه الأغنياء والفقراء مع عدم الإحصاء ولاتميز فى الاستعمال . ونص الخصاف على أن الوقف على الزمنى والعميان والعوران باطل من قبل أن ينتظم الغنى والفقير وهم لايحصون ، وكذا على قرّاء القرآن وعلى الفقهاء ، أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا. والذى يقتضيه الضابط الذى ذكره شمس الأئمة أنه يصح على الزمنى والعميان . وقرّاء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ، ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالا لأن العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر ، وقد صرح فى الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة ، والمسئلة المذكورة فى آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك ، وهى ما إذا جعل غلة أرضه وقفا على الغزاة أنه يصح ويصرف إلى فقراء الغزاة مع أن اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم لايحصون غير أنه يشعر بالحاجة ، ونص فى وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع لفقرائهم. وصرح فى وقف الخصاف بصحة الوقف على أرامل بنى فلان ، وأنه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن يحصين أو لا ، وهو للفقراء منهن إذا كانت بالغة ، فمن أعطى منهن أجزأ . والأرملة المستحقة : كل بالغة كان لها زوج وطلقها أو مات . وخالفوا فى الأيامى ، فإذا وقف على أيامى بنى فلان وبعدهن للمساكين أو أيامى قرابتى إن كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة ، وإن كن لايحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين . والأيم المستحقة : كل أنثى جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة أو لا . ولو قال على كل ثيب من بنى فلان أو من قرابتى فإن كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن ، وإن كن لايحصين فى وقت قسمة من القسم فهو باطل والغلة للمساكين . والثيب : كل من جومعت ولو بفجور ولها زوج أو لا وإن لم تبلغ ، ولأبكار قرابتى أو بنى فلان ، فإن كن يحصين فهو لهن ولمن يحدث أبدا ، وإن كن لايحصين فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين. والبكر : من لم تجامع وإن كانت العذرة زائلة . وفى كل مالايحصى ممن ذكرنا أنه لايصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ، ومن أعطى أجزأ كالوقف على الأقارب. وقف على أهل بيته ثم المساكين دخل الغنى والفقير ممن يناسبه إلى الأب الذى أدرك الإسلام أسلم ذلك الأب أو لا ممن كان موجودا حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لأقل من ستة أشهر من مجىء الغلة ، ولو كانوا مرقوقين لقوم أو كفار أو ذميين ، ولا يدخل فى ذلك الأب ويدخل

كتاب البيوع

أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد الذكور منهم وإن سفلوا ، ولا تدخل أبناء البنات من ولده إلا إذا كان آباؤهم ممن يناسبه إلى ذلك الجد الذى أدرك الإسلام ، ولا يدخل الواقف ولا أولاد عماته ولا أولاد أخواته إذا كان آباؤهم من قوم آخرين . وقوله على آلى وجنسى كأهل بيتى ولا يخص الفقراء منهم إلا إن خصهم ، وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وإن كان غنيا وقت الوقف ، ولا يتقيد بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح. ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه إلى أقصى أب فى الإسلام من قبل أبيه . أو إلى أقصى أب له فى الإسلام من قبل أمه ، لكن لايدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه . وفى دخول الجد روايتان ،وظاهر الرواية لايدخل . ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والأجداد الأعاون والجدات ورحمى وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة . وعلى عيالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم . وإذا عرف هذا ، فلو قال على أهل بيتى فإذا انقرضوا فعلى قرابتى فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه . ولو عكس فقال على قرابتى فإذا انقرضوا فعلى أهل بيتى لم يصح ، ومثاله لو قال على إخوتى فإذا انقرضوا فعلى إخوتى لأبى وله إخوة متفرقون إذ بعد انقراض الكل لايبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ، ثم هم عند أبى حنيفة رضى الله عنه الملاصقون فهو لجميع من فى كل دار لاصقته من الأحرار ، ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت الأبواب أو بعدت . وعند أبى يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد ، فإن جمعتهم محلة واحدة وتفرقوا فى مسجدين فهى محلة واحدة إن كان المسجدان صغيرين متقاربين ، فإن تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين . وقال محمد : هم الملازقون السكان سواء كانوا مالكين للدار أو لا ، وسيأتى بقية هذا إن شاء الله تعالى ، ولايدخل الأرقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى الجار بطل حقه من الوقف .

كتاب البيوع

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة إلى حقوق الله تعالى خالصة ، وحقوق العباد خالصة ، وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب ، وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب : فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات ،

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع فى بيان مابقى منها ، وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلا منهما مزيل للملك والبيع فى اللغة تمليك المال بالمال ، وزيد عليه فى الشرع فقيل : هو مبادلة المال بالمال بالتراضى بطريق الاكتساب . وهو من الأضداد لغة . واصطلاحا يقال : باع الشىء إذا

كتاب البيوع

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول : سيصرح الشارح فى فصل فى البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء ، فكل ماصدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه .

فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ، ثم شرع فى حقوق العباد وهى المعاملات، ثم فى ترتيب خصوص بعض الأبواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت فى مواضعها، ووقع فى آخرها ترتيب أوّل أقسام حقوق العباد : أعنى البيع على الوقف . ووجهه أن الوقف إذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا إلى مالك : وفى البيع إلى مالك فنزل الوقف فى ذلك منزلة البسيط من المركب ، والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدمه فى التعليم ، هكذا ذكر . ولا يخفى شروعه فى المعاملات من زمان ، فإن ماتقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات . ثم البيع مصدر؛ فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع ، وقد يراد به المعنى وهو الأصل فجمعه باعتبار أنواعه ، فإن البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين ، وقلبه وهو البيع المطلق، وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن، ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن، ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك . والبيع من الأضداد؛ يقال باعه : إذا أخرج العين عن ملكه إليه ، وباعه: أى اشتراه ، ويتعدى بنفسه وبالحرف ، باع زيد الثوب وباعه منه . وأما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الإسلام : البيع لغة : مبادلة المال بالمال ، وكذا فى الشرع ، لكن زيد فيه قيد التراضى اهـ . والذى يظهر أن التراضى لابد منه لغة أيضا ، فإنه لايفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضى ، وأن الأخذ غصبا وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه . وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى ـ وأحل الله البيع ـ والسنة وهى قوله عليه الصلاة والسلام « يامعشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة » وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه . والإجماع منعقد عليه . وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل ، وذلك أن الإنسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك ، وفى الكتان والصوف للبسه وبناء مايظله من الحرّ والبرد إلى غير ذلك ، فلابد من أن تدفعه الحاجة إلى أن يشترى

شراه ، ويقال باعه الشيء وباع منه ، ولاشتماله على الأنواع الآتى ذكرها جمعوه ، وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى ـ وأحل الله البيع ـ وبالسنة فإنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك ، والتقرير أحد وجوه السنة ، وبالإجماع فإنه لم ينكره أحد من المليين وغيرهم ، وبالمعقول وهو سلب شرعيته، فإن تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك، وقد بينا ذلك فى التقرير . وركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك . وشرطه من جهة العاقدين العقد والتمييز ، ومن جهة المحل كونه مالامتقوّما مقدور التسليم . وحكمه إفادة الملك وهو القدرة على التصرف فى المحل شرعا ، فلا يشكل بتصرف المشترى فى المبيع قبل القبض بالبيع فإنه ممتنع مع كونه ملكا له لأن ذلك التصرف ليس بشرعى مطلقا لنهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع ، وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة فى الجارية والخيارات بطريق الضمن . وأنواعه باعتبار المبيع أربعة : بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة . وبيعها بالدين : أعنى الثمن .

(قوله فإن تعلق البقاء المقدور) أقول : من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوما) أقول : التقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضا (قوله بيع السلع الخ) أقول : المراد بالسلعة مايتجر به مطلقا عروضا أو عقارا لامايقابل العقار فلا يختل الحصر، وسيجيء فى هذا الكتاب بعد ورقتين تعميم السلع للدور والعبيد والثياب .

قال (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول

شيئا ويبتدئ مزاولة شيء ، فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك فى البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت . وفى كل منها مالا يخفى من الفساد . وفى الثانى من الذل والصغار مالا يقدر عليه كل أحد ويزرى بصاحبه . فكان فى شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجتهم على النظام الحسن . وشرطه فى المباشر : التميز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أووكالة أووصية أو قرابة وغير ذلك . فصح بيع الصبى والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره . وفى المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم فى الحال أو فى ثانى الحال فيدخل السلم . وقد قالوا شروطه : منها شرط الانعقاد وهو التميز والولاية وكون المبيع متقوما . ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية ، حتى إذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الإجازة ممن له الولاية . وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما . وهذا مفهوم الاسم شرعا ، وقد يكون ذلك الفعل قولا . وقد يكون فعلا غير قول كما فى التعاطى كما سيأتى . وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فإن لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه ، فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر ، فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما فى بيع المكره ، وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) يعنى إذا سمع كل كلام الآخر . ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من فى المجلس لا يصدق ، ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعى الخاص المعلوم حكمه . وإنما قلنا هذا لأنه قال ينعقد بالإيجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع أن البيع ليس إلا الإيجاب والقبول لأنهما ركناه على ماحققناه آنفا من أن ركنه الفعل الدال إلى آخره . هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس إلا نفس حكمه لامعنى له ذلك الحكم . وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعى يظهر فى المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذى هو الملك لأنه هو الذى يثبت به قدرة التصرف ، فالمتحقق من الشرع ليس إلا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين : أعنى الشطرين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شىء ثالث ، فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل ، فإذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر . والإيجاب لغة الإثبات لأى شىء كان ، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشترى كأن يبتدئ المشترى فيقول اشتريت هذا بألف والقبول الفعل الثانى وإلا فكل منهما إيجاب : أى إثبات ، فسمى الإثبات الثانى بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول ، وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك فى البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت : أى الحكم ، فإن الانعقاد إنما هو للفظين لا للملك

وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف . وبيع الدين بالعين ويسمى سلما . وباعتبار الثمن كذلك المساومة ، وهى التى لاتلتفت إلى الثمن السابق ، والمرابحة ، والتولية ، والوضيعة وسيأتى تفسيرها . قال رحمه الله (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) الانعقاد هاهنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل . والإيجاب الإثبات ، ويسمى ماتقدم من كلام العاقدين إيجابا لأنه يثبت للآخر خيار القبول ، فإذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لاخفاء فى وجه تسمية الكلام المتقدم إيجابا والمتأخر قبولا . وشرطه أن يكون الإيجاب والقبول بلفظين

(قال المصنف : البيع ينعقد بالإيجاب والقبول الخ) أقول : يجىء من المصنف فى آخر باب مايجب فيه الشفعة ومالا تجب أن حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى .

إذا كانا بلفظى الماضى) مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت ، لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به. ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضى ،

أى انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعى ، وقولنا فى القبول إنه الفعل الثانى يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك ، فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع ، وكذا إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا ، بخلاف بيع التعاطى فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتى ، ففى جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتك بألف من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظر . وفى فتاوى قاضيخان قال : اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز ، وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لى قميصا فقطعه قبل التفرق . وقوله (إذا كانا بلفظ الماضى مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت) قال المصنف (لأن البيع إنشاء تصرف) أى إثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا (والإنشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) إلا (بالشرع) لما فيه من إثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك إنما له قدرة الإخبار عن الكائن أو ماسيكون وطلبه ، فقولهم من الإنشاء التمنى والترجى والقسم والاستفهام اصطلاح فى تسمية مالا خارج لمعناه يطابقه أو لا يطابقه إنشاء وهو يعم ماذكر وغيره مما يباينه ؛ ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتى وليت لى مالا ليس علة لترجى ذلك أو تمنيه بل دال على الترجى والتمنى القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به : غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه إخبارا لما قلنا ، بخلاف بعت وطالق فإنه علة تثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على إثباتها .

والحاصل أن الإنشاء على هذا الوجه لا يمكن إلا ممن له الخلق والأمر تبارك الله رب العالمين، سواء سمى غيره إنشاء اصطلاحا أو لا ، وإذا كان الإنشاء لا يعرف إلا بالشرع ولم يوضع له فى اللغة لفظ يخصه . والشرع استعمل فى إثباته من اللغة لفظ الخبر : أى وضعه علة لإثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد : أى يثبت به . وأما تعليله بأن لفظ الماضى أدل على الوجود فإنه لا يصدق إلا بتحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك ، بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضى بأن يستعمل فيه من غيره فإنه لا يقتصر عليه كما ستسمع (قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل،

ماضيين مثل أن يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف شرعى ، وكل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع ، فالبيع يعرف به ، أما أن البيع إنشاء فلأن الإنشاء إثبات مالم يكن، وهو صادق على البيع لا محالة؛ وأما كونه شرعيا فلأن الكلام فى البيع شرعا ، وأما أن كل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع لأن تلقى الأمور الشرعية لا يكون إلا منه والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار لغة فى الإنشاء فينعقد به ، هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلابد من ضم شىء إلى ذلك وهو أن يقال : وكان استعماله بلفظ الماضى وإلا لا يتم الدليل وهو ظاهر . قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين : أحدهما الماضى ، والآخر بلفظ المستقبل) وإنما لا ينعقد بذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضى الذى يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ، ولأن لفظ

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار الخ) أقول : يجوز أن يقال : أراد الشيخ بالموضوع للإخبار المعهود وهو لفظ الماضى ، والمراد بالإخبار الإخبار عن الكائن .

بخلاف النكاح ، وقد مرّ الفرق هناك .

بخلاف النكاح) فإنه إذا قال زوجنى فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك ، أما البيع فإذا قال بعنيه بألف فقال بعتك لاينعقد حتى يقول الأول اشتريت ونحوه ، وهذا ونحوه مما قال الطحاوى إنه ينعقد بثلاثة ألفاظ . قال (وقد مرّ الفرق هناك) يعنى قوله لأن هذا توكيل : يعنى زوّجنى ، فإذا قال زوجتك كان ممتثلا أمر الموكل مزوجا له ووليا لمن زوّجها والواحد يتولى طرفى عقد النكاح ، بخلاف البيع ، وقلمنا من قال إن لفظة الأمر فى النكاح جعلت إيجابا لأن النكاح لايصرح بالخطبة فيه ، وطلبه إلا بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه : أعنى زوجنى مساومة بل تحقيقا فاعتبر إيجابا ، بخلاف البيع لايكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الأمر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الأخر ، وعلى هذا لايتم فرق المصنف لأنه مبنى على كونه توكيلا . وأما الفرق بأن رد النكاح بعد إيجابه يلحق الشين بالأولياء ، بخلاف رد البيع فمبنى على جعل الأمر فيه إيجابا . ثم فيه نظر ، لأنه لوصح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجنى بنتك قبل قوله زوجتك لأنه أيضا شين وانكسار يلحقهم . وهذه ثمانية مواضع : منها البيع ، والإقالة لايكتفى بالأمر فيهما عن الإيجاب . ومنها النكاح والخلع يقع فيهما إيجابا . الخامسة إذا قال لعبده اشتر نفسك منى بألف فقال فعلت عتق . السادسة فى الهبة قال هب لى هذا فقال وهبته منك تمت الهبة . السابعة قال لصاحب الدين أبرئنى عما لك علىّ من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة . الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة ، فإذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز . واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، أما إذا تصادقا على نية البيع فى الحال فينعقد به فى القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية . ذكره فى التحفة فى صفة الاستقبال مطلقا . وفى الكافى قصر الكلام على المضارع فقال : الصحيح ما ذكره الطحاوى لأن المضارع فى الأصل

المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا ، وإن كان من جانب المشترى كان مساومة . وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الإيجاب فى الحال . وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوى . ثم قيل فى تعليله ؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية . وقيل لأن هذا اللفظ وضع للحال وفى وقوعه للاستقبال ضرب تجوّز ، وفيه بحث لأن المذكور لفظ المستقبل ، وهو إنما يكون بالسين أو سوف وهو لايحتمل الحال ولا وضع له ، فإن أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء فى عدم انعقاد البيع به ، ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل ، وإن أراد مايحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال إنه لم يقل بالجواز به وإن كان بالنية لأنها إنما تعمل فى المحتملات لا فى الموضوعات الأصلية ، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة فى الحال على ماعرف فلا يحتاج إلى النية ولا ينعقد به لما مر من الأثر والمعقول . لايقال : سلمنا أنه حقيقة فى الحال لكن النية إنما هى لدفع المحتمل وهو العدة لالإرادة الحقيقة ، لأن المعهود أن المجاز يحتاج إلى ماينفى إرادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج إلى ماينفى إرادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الأثر . فإن قيل : فما وجه ماذكر فى شرح الطحاوى؟ فالجواب أن يقال : المضارع حقيقة فى الحال فى غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضى والمضارع فيها مجاز فيحتاج إلى النية . فقوله (بخلاف النكاح) يعنى أنه ينعقد بذلك ،

(قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول : فى جميع العقود أو فى غير البيوع ، والأول مخالف لما نذكره فى توجيه كلام شرح الطحاوى والثانى لايتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضى) أقول : أى فى البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز) أقول : ضمير فيها راجع إلى الحال ، وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع إلى الحال أيضا .

وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا فى معنى قوله بعت واشتريت لأنه يؤدى معناه ، والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود ،

موضوع للحال ووقوعه فى الاستقبال نوع تجوّز اهـ . وعلى هذا ينبغى أن يقبل قوله إذا ادّعاه وكذبه الآخر لأنه حقيقة اللفظ ، بخلاف المستقبل وهو الأمر ، فلو ادعى فى قوله يعنى أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغى أن لا يصدقه القاضى ؛ مثال ذلك أن يقول : أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشتريته أو آخذه ونويا الإيجاب للحال ، والحق أن المراد بالمستقبل الذى ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القوابين ، وإلا فالمختار أنه موضوع للحال ، وأما الأمر فلا يوجد فى شىء من الكتب التمثيل به لذلك مع أنه هو المستقبل فى الحقيقة ، وذلك لأنه إنشاء وبينه وبين الإخبار كمال انقطاع فلا يتجوّز به فيه ، فلا يقال بعنيه والمراد اشتريته فلا ينعقد به إلا فى قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الإيجاب اقتضاء ، ومثل الأمر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به فى معنى بعتك فى الحال ، فإن ذكر السين يناقض إرادة الحال . واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفى العقد فى البيع مخصوص منه الأب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه ، والوصى عند أبى حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف فى باب الوصية ، وقيده فى نظم الزندويستى بما إذا لم يكن نصبه القاضى (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعتكه وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعتكه بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الألفاظ من قبل البائع أو المشترى يتم بها البيع لإفادتها إثبات المعنى والرضا به ، وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لأنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته : أعنى الأمر بالأخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى إلا أن استدعاه الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء ، فهو كما إذا قال بعتك عبدى هذا بألف فقال فهو حرّ عتق ويثبت اشتريت اقتضاء ، بخلاف مالو قال هو حرّ بلا فاء لا يعتق . وإنما صح بهذه ونحوها (لأنها تؤدى معنى البيع ، والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود) ألا يرى إلى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضى فهو بيع بالإجماع . قالوا : إنما قال فى هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى ، وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى أثر فى ثبوت حكمه بلا نية ليس غير ، فإذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بالمستقبل ، ثم تقييده بما إذا لم ينو به فإنه ينعقد به فى الماضى وغيره بالنية ، ولا ينعقد بالماضى وغيره بلا نية . ومن الصور

فإن أحدهما إذا قال زوّجنى فقال الآخر زوجتك انعقد ، وقد مر الفرق هناك ، وهو ما قال إن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح . قال رحمه الله : وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر فى لفظ بعت واشتريت ، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به ، فإذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت : أى المبيع بذلك الثمن انعقد لإفادة المعنى المقصود ، وكذا إذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه : يعنى بعت بذلك فخذه لأنه أمره بالأخذ بالبدل وهو لا يكون إلا بالبيع فقدّر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعت واشتريت سواء فى انعقاد البيع به لأن المعنى هو المعتبر فى هذه العقود ، وقيده بذلك لأن بعض العقود قد يحتاج إلى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما فى المفاوضة إذا

(قوله لأن المعنى هو المعتبر الخ) أقول : فيه أن الاعتبار فى المفاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ، ومساس الحاجة إلى اللفظ إنما هو لبعده عن علم العوام .

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة .

لفظة نعم تقع إيجابا في قول المستفهم أتبيعني عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم ، وكذا أبيعك . ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد ، وكذا إذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت ؛ ولو قال هو لك بألف إن وافقك أو إن أعجبك أو إن أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت انعقد ، ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح ، وكذا على العكس ، وكذا إذا قال بعد معرفة الثمن إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جاز استحسانا .

[فروع : في اختلاف الإيجاب والقبول] قال بعتكه بألف فقال اشتريته بألفين جاز ، فإن قبل البائع الزيادة ثم بألفين ، والأصح بألف إذ ليس له ولاية إدخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ؛ ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعتكه بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ، ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة ، فلو كان في يد المشتري من أول الأمر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا . وقال الطحاوي : يلزم بآخرهم كلاما مطلقا . ولو قال بعتكه بألف بعتكه بألفين فقال قبلت الأول بألف لم يجز لأن البائع قد رجع عنه ، وليس هكذا في الطلاق والعتاق ، فإن قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف : يعني يكون البيع بألفين والألف زيادة إن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها ، وكذا بألف بمائة دينار إنما يلزمه الثاني ، وقيل يلزمه الثمنان والأول في الزيادات وهو أوجه ، وإذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري (قوله ولهذا ينعقد) أي ولأن المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطي في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي إنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة . قال أبو معاذ : رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى . وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل . وفي الإيضاح : هو خلاف ماذكره محمد في الأصل في مواضع اهـ . وفي شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام في رجل قال لرجل : يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ، ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته ، قال يأخذه فلان ، فإن قال لم آمره وقد كان اشتراه له لم يكن له إلا أن يسلمه المشتري له ، فإن سلمه وأخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي أخذه من المشتري وكأن العهدة عليه : أي للآخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس . وفي المنتقى : له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة ، وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز . ومن صوره إذا جاء المودع بأمة غير المودعة

لم يبينا جميع ماتقتضيه (ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق) المقصود وهو التراضي . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وأمثاله . ثم إن محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه .

(قال المصنف : لتحقق المراضاة) أقول : سيصرح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع التعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن . وفي النهاية في فصل مايتحمله الشاهد : التعاطي بيع حكمي وليس ببيع حقيقي .

قال (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل فى المجلس وإن شاء ردّ ، وهذا خيار القبول ، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه ، وإذا لم يفسد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوّه عن إبطال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر .

وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللأمة . وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى فحلف الخياط أنها هى وسعه أخذها . ومنها قول الدلال للبزّاز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه . وفى أجناس الناطفى : لوقال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع . وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع ، حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أوامتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضى . وكذا إذا قال زن لى ماعندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن ، بخلاف مالو قال زن لى ثلاثة أرطال فوزنها له الخيار لأنه ليس بمعلوم ، بخلاف مالو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ، وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر ، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشترى تمّ البيع . واختلف فى أن قبض البدلين شرط فى بيع التعاطى أو أحدهما كاف ، والصحيح الثانى . ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع . ونصه فى الجامع على أن تسليم المبيع يكفى لاينفى الآخر . ومنها لورد بخيار العيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضى فهو بيع بالتعاطى (قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء ردّه) وللموجب أيهما كان بائعا ومشتريا أن يرجع قبل قبول الآخر عن

قال رحمه الله (وإذا أوجب) إذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ، إن شاء قال فى المجلس قبلت ، وإن شاء ردّ ، وهذا يسمى خيار القبول ، وهذا لأنه لو لم يكن مختارا فى الرد والقبول لكان مجبورا على أحدهما وانتفى التراضى ، فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف ، وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوّه عن إبطال حق الغير . فإن قيل : سلمناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر فى ذلك فإن حق التملك ثبت للمشترى بإيجاب البائع وهو حق للمشترى فلا يكون الرجوع خاليا عن إبطال حق الغير . فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشترى إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لايمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لامحالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعى قبل الحول ، فإن المزكى لايقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع ، لأن حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه (قوله وإنما يمتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لايبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم يتوقف على ما وراء المجلس . وتقرير الجواب أن فى إبطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشترى ، وفى إبقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع ، وفى التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا ، والمجلس جامع

(قوله وهذا لأنه لولم يكن مختارا فى الرد والقبول) أقول : أنت خبير بأنا لم نفرض فى صورة الرد بيعا حتى يلزم خلاف المفروض، مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض ، فالأولى فى التعليل ما ذكره من البين ، أو يقال فى التعليل يلزم أن لايوجد بيع أصلا فليتأمل (قوله فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف) أقول : إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضى مستلزما لانتفاء البيع وهو ممنوع ؛ ألا يرى أن بيع المكره منعقد (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول : الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل .

والكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب

الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى ، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ؛ ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك ، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ؛ ألا يرى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ؛ ولو صادف ردّ البائع قبول المشترى بطل : وأورد فى الكافى الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير . وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب . وإنما الفائت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه تمّ الأمر ، وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا . وله أن يقبل مادام المجلس قائما ، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لاينعقد ، واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه . أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لايصح القبول بعد ذلك ، وإليه ذهب قاضيخان حيث قال : فإن قام أحدهما بطل : يعنى الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض . فإن قيل : الصريح أقوى من الدلالة ، فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى أن لايثبت الإعراض . قلنا الصريح إنما كان أقوى ، ويعمل إذا بقى الإيجاب بعد قيامه ، وهنا لم يبق فإن الأصل أن لايبقى اللفظ بعد الفراغ منه ، ولايجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثرا فى جمع المتفرقات وبالقيام لايبقى المجلس . وقال شيخ الإسلام فى شرح الجامع : إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح وإليه أشير فى جمع التفاريق ، وهذا شرح لقوله فيما يأتى وأيهما قام إلى آخره ، وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران لو كان على دابة واحدة فأجاب الآخر لايصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية ، واختار غير واحد كالطحاوى وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز . وفى الخلاصة عن النوازل : إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا يمشيان مشيا متصلا لايقع الإيجاب إلا فى مكان آخر بلا شبهة ، ولو كان المخاطب فى صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح ، وكذا لو كان فى نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز ، بخلاف مالو أكملها أربعا ، ولو كان فى يده كوز فشرب ثم أجاب جاز ، وكذا لو أكل لقمة لايتبدّل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكل ، ولوناما جالسين لايختلف ، ولو مضطجعين أوأحدهما فهى فرقة . والسفينة كالبيت ، فلو عقدا وهى تجرى فأجاب الآخر لاينقطع المجلس بجريانها لأنهما لايملكان إيقافها . وقيل يجوز فى الماشيين أيضا مالم يتفرقا بذاتيهما ، أما المسير بلا افتراق فلا ، وهكذا فى خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة . ولو قال بعتك بألف ثم قال لآخر بعتك بألف فقبلا فهى للثانى لا للأول ، ولو قال بعتك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع فى حاجة بطل (قوله والكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب

للمتفرقات كما تقدم فى أوّل الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر . فإن قيل : فلم لايكون الخلع والعتق على مال كذلك ؟ فالجواب أنهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع فى المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء المجلس. قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) إذا كتب أما بعد فقد بعتك عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب إلى المكتوب إليه وأخبر الرسول المرسل إليه فقال فى مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت أو قبلت تم البيع بينهما ، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم

وأداء الرسالة ، وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق

وأداء الرسالة) فصورة الكتاب أن يكتب : أما بعد ، فقد بعت عبدى منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد ، والرسالة أن يقول : اذهب إلى فلان وقل له إن فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال بعت عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يافلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل ، وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما ، فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لأنه ليس رسولا بل فضوليا ، ولو كان قال بلغه يافلان فبلغه غيره فقبل جاز ، ولو كان المكتوب بعنيه بكذا فكتب بعتكه لايتم مالم يقل الأول قبلت . وأما ما ذكر في المبسوط : لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع ، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذى ينعقد به البيع . وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعني من الحاضر يكون استياما عادة ، وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد ، هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم ، حتى لوقبل الآخر بعد ذلك لايتم البيع ، بخلاف مالو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فإنه مالم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ . وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة ، فأما الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالإجماع إذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر ، بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدى الغائب على ألف فإنه لايتوقف بالإجماع . وفي النكاح مر الخلاف ، فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل إلى آخره) يعني إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالإجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون ، فإن كان مما لاينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدين لايجوز وإن قبل الآخر .

ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فإنها ممـــا وقع فيها تجاذب فنقول : الظاهر من نظم الكلام أن ضمير له في وقوله وليس له راجع إلى أحد المتعاقدين في قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري ، فمعناه في البائع : أنه إذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشتريت هذه الأثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لأنه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته إلى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الأثواب لعزتها وبعضها لايقوم بحاجته ، فلو ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور . وأما في المشتري فعناه : إذا أوجب البائع

كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب ، وكان ذلك سواء في كونه مبلغا ، وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه إليه . قال رحمه الله (وليس له أن يقبل في بعض المبيع) يعني إذا أوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لاغير . فإن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الجيد إلى الردىء في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردىء به ، فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردىء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لامحالة ، وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح ، وأما إذا وضعت المسئلة فيما إذا باع عبدا بألف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح . والصحيح فيه أن يقال : يتضرر البائع بسبب الشركة . فإن قيل : فإن رضى البائع في المجلس هل يصح أو لا . أجيب بأن القلوري قال : إنه يصح ويكون ذلك من

الصفقة ، إلا إذا بين كل واحد لأنه صفقات معنى . قال (وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ، لأن القيام دليل الإعراض) والرجوع ، وله ذلك على ماذكرناه .

المبيع فليس للمشترى أن يقبل فى بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة لأن العادة أن يضم البائعون الجيد إلى الردىء ليروّجونه ، فلو ألزمناه البيع بقى الردىء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ، ومعلوم أن القبول فى بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا لاحاجة لقوله ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشترى بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه ، أى وليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع الذى أوجب فيه المشترى البيع ، ولا أن المشترى يقبل المشترى فى بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هنا البائع . والحاصل أن عدم صحة القبول فى البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره ، فما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من

المشترى فى الحقيقة استئناف إيجاب لا قبول ورضا البائع قبولا . قال : وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة ، وفى القفيزين باعهما بعشرة لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة ، فأما إذا أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء ، وأنه لايجوز كما سيأتى ، وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتفاء الضرر عن البائع ، وإليه أشار بقوله (إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنها صفقات معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد فى البيع والبيعة ، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه ، والعقد يحتاج إلى مبيع وثمن وبائع ومشترٍ وبيع وشراء ، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفريقها ، فإذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة ، وكذا إذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت ، واتحاد الجميع سوى الثمن لايتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر فى الكتاب ، واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة ، واتحاد الجميع سوى المشترى كأن قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع ، والثمن إن كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك ، وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء ، هذا كله قياسا واستحسانا ، وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلاتكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشترى مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا . وقيل لايوجب التفرق على قول أبى حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه ، قال : وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ، هذا متصل بقوله إن شاء قبل فى المجلس وإن شاء ردّ ، وهو إشارة إلى أن ردّ الإيجاب تارة يكون صريحا وأخرى دلالة ، فإن القيام دليل الإعراض والرجوع ، وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا ، والدلالة تعمل عمل الصريح . فإن قيل : الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وهاهنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة .

(قوله لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء وأنه لايجوز) أقول : ويجوز بقاء ويجىء . قال المصنف (إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى) أقول : سيجىء فى آخر باب البيع الفاسد أنه لاتتعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن ، فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فإذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول : تأمل فى هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول : ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والمبيع بدون تفرق البائع والمشترى بالطريق الأولى ، وفيه شىء يمكن دفعه ، ولعل الأولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشترى .

وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية . وقال الشافعى رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام « المتبايعان بالخيار مالم يتفرّقا » ولنا أن فى الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز . والحديث محمول على خيار القبول .

إلزام الشركة . مثاله أن يقول البائع لمشتريين بعتكما هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت ، فلا يلزم لأنه لو تم فى الصف ،لأنه إنما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف ، فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه،وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فإن بيعه إنما يتم فى نصيبه فتعددت . فلو تم تضرر المشترى الموجب بالشركة أيضا ، وأما إذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك أو اشترينا منك هذا بكذا فأجاب هو فى بعضه لايلزم ، لكن لالتعددها بتعدد العاقد بل لإجابته فى البعض ؛ ألا ترى أن الموجب فيها لوكان واحدا والباقى بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا ، فعرف أن هذا من جهة أخرى لامن تعدد العاقد ، وأما من غيره فبصورتين : إحداهما أن يوجب البائع فى مثليين أو واحد قيمى أو مثلى فقبل فى البعض أو يوجب المشترى فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع فى البعض فإن فى كل منهما الصفقة واحدة ، فإذا قبل فى بعضها فرقها فلا يصح . فلوكان بين ثمن كل منهما فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أوبتكراره ، ففيما إذاكرره فالاتفاق على أنه صفقتان ، فإذا قبل فى أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا فى موضع ، وفى موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين وفيما إذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم . وقال آخرون صفقة واحدة ، وأن مراد صاحب الهداية إذا كرّر لفظ البيع ،فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الإيجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل فى أحدهما . وقيل الأول استحسان وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، والثانى قياس وهو قولهما . والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن ، لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء ، وإلا فلو كان غرضه أن لايبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعين ثمن كل منهما (قوله وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولاخيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعى) وأحمد رحمهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرّقا) أو يكون البيع خيارا ، رواه البخارى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما . وروى البخارى أيضا أن

أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها (وإذا حصل الإيجاب والقبول تم البيع ولزم ، وليس لواحدمن المتعاقدين الخيار إلا من عيب أو عدم رؤية)خلافا للشافعى رحمه الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى أن لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد أن يردّ العقد بدون رضا صاحبه مالم يتفرّقا بالأبدان،واستدل على ذلك (بقوله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ») فإن التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الأبدان (ولنا أن فى الفسخ إبطال حق الآخر) وهو لايجوز . والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره ، وفيه إشارة إلى ذلك لأن الأحوال ثلاث : قبل قبولهما ، وبعد قبولهما ، وبعدكلام الموجب قبل قول

(قوله وقد تقدم تفسيره الخ) أقول : الذى تقدم تفسيره كان مختصا بجانب المجيب والمذكور فى الحديث يعمه وجانب الموجب ، فالحق أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى .

وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه ،

ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرّقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » وروى البخارى أيضا من حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه ، عنه عليه الصلاة والسلام « البيعان بالخيار مالم يتفرّقا » ولنا السمع والقياس . أما السمع فقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ـ وهذا عقد قبل التخيير ، وقوله تعالى ـ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ـ وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير ، فقد أباح تعالى أكل المشترى قبل التخيير ، وقوله تعالى ـ وأشهدوا إذا تبايعتم ـ أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع ، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص ، ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعا ، وقد اعتبر الشرع فى كونه ملزما اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة ، وكذا لا تتم التجارة عن التراضى إلا به شرعا ، وإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره فى التجارة عن تراض . وأما حديث حبان بن منقذ رضى الله عنه حيث قال له : « إذا ابتعت فقل لا خلابة ولى الخيار » فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام ، فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط فى صلب العقد لا أصل الخيار ، ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار فى لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه ، والمتشاغلان : يعنى المساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد ، وهذا هو خيار القبول ، وهذا حمل إبراهيم النخعى رحمه الله تعالى . لا يقال : هذا أيضا مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان . لأنا نقول : هذا من المواضع التى تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر ، والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب فى أجزائه ، فبالضرورة يصدق مخبرا حال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة ، ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقى ، والحمل على الحقيقى متعين فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفى توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضى السابق فى إلزامه بكلام أحدهما بعد . قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمله فيحمل عليه) جمعا بين ماذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الأسماء على أمر آخر . لا يقال : إن ما فى خيار أحد المتبايعين وهو الثانى القابل لا خيارهما لأنه ممنوع ، بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع ، وعلى هذا فالتفرق الذى هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشترى أو يرجع الموجب قبل القبول ، وإسناد التفرق إلى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير فى الشرع والعرف ، قال الله تعالى ـ وما تفرّق الذين أوتوا الكتاب إلا

المجيب . وإطلاق المتبايعين فى الأولين مجاز باعتبار مايئول إليه أو ماكان عليه . والثالث حقيقة فيكون مرادا ، أو يحتمل أن يكون مرادا فيحمل عليه . والفرق بينهما أن أحدهما مرادا والآخر محتمل للإرادة . لا يقال : العقود الشرعية فى حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما ، لأن الباقى بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة

(قوله والثالث حقيقة) أقول : فيه بحث .

والتفرق فيه تفرق الأقوال . قال (والأعواض المشار إليها لايحتاج إلى معرفة مقدارها فى جواز البيع) لأن بالإشارة كفاية فى التعريف وجهالة الوصف فيه لاتفضى إلى المنازعة

من بعد ما جاءتهم البينة ــ وقال صلى الله عليه وسلم « افترقت بنو إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة ، وستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة » وحينئذ فيراد بأحدهما فى قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر اختر أتقبل أو لا ، والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا فى خيار القبول ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع . وأما مايقال تعلق حق كل من العاقدين ببدل الآخر فلا يجوز إبطاله فيرد منعه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه إلى غاية الخيار بالحديث ، فإنما يرجع الكلام فيه إلى ماذكرناه من معنى المتبايعين . وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به ، فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية فى الضعف ، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوج به (قوله والأعواض المشار إليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب أو أثمانا كالدراهم والدنانير (لايحتاج إلى معرفة مقدارها فى جواز البيع) فإذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم التى فى يدك وهى مرئية له فقبل جاز ولزم لأن الباقى جهالة الوصف : يعنى القدر وهو لايضر ، إذ لايمنع من التسليم والتسلم لتعجله كجهالة القيمة لاتمنع الصحة . قال فى الفتاوى : قال لغيره : لك

كلامهما ، والكلام فى حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن إبراهيم النخعى . وقوله (والتفرق تفرق الأقوال) جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهر . ولقائل أن يقول : حمل التفرّق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال بإجماع متكلمى أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليها مجازا ، فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم . وأجيب بأن إسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ شائع ، فصار بسبب فشوّ الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة ، قال تعالى ــ وماتفرّق الذين أوتوا الكتاب ــ الآية وقال ــ لانفرّق بين أحد من رسله ــ والمراد التفرق فى الاعتقاد . وقال صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة » وهو أيضا فى الاعتقاد ، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار مايئول إليه أو ماكان عليه أيضا كذلك ، على أن ذلك يصح على مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبى حنيفة ، فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ، ولعل الأولى أن يقال : حمله على التفرّق بالأبدان ردّ إلى الجهالة ، إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنابذة وهو مقطوع بفساده عادة ، وهذا معنى قول مالك رحمه الله : ليس لهذا الحديث حد معروف . أو نقول : التفرق يطلق على الأعيان والمعانى بالاشتراك اللفظى ، وترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة وهذا التأويل : أعنى حمل التفرّق على الأقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله . قال رحمه الله (والأعواض المشار إليها لايحتاج إلى معرفة مقدارها) الأعواض المشار إليها ثمنا كانت أو مثمنا لايحتاج إلى معرفة مقدارها

(قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول : أى تأويل الخيار المذكور فى الحديث بما ذكر (قوله والتفرق تفرق الأقوال الخ) أقول : الافتراق أحد الأكوان الأربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن إسناد التفريق والتفرق الخ) أقول : إسناد التفرق إلى القول مجازا بالسببية لايستلزم وجود التفرق حقيقة كما فى قوله أقدمنى بلدك حق لى على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الأعيان والمعانى) أقول : فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع ، والظاهر أنه منع كون مايطلق التفرق مطلقا من الأعراض (قوله ثمنا كانت أو مثمنا) أقول : وتقرير صدر الشريعة صريح فى أن المراد بالأعواض الأثمان فتأمل فى الترجيح .

(والأثمان المطلقة لاتصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ، لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ،

فى يدى أرض خربة لاتساوى شيئا فبعها منى بتسعة دراهم فباعها وهو لايعلم وقيمتها أكثر جاز البيع ، بخلاف السلم لايشار للعوض فيه للأجل فلا يصح فى المسلم فيه اتفاقا ، ولا فى رأس مال السلم إذا كان مكيلا أو موزونا عند أبى حنيفة رضى الله عنه لما يجىء . ثم المسئلة مقيدة بغير الأموال الربوية وبالربوية إذا قوبلت بغير جنسها ، أما الربوية إذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الإشارة إليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا ، والتقييد بمقدارها فى قوله لايحتاج إلى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة ، فإنه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف إلى الجياد ، ولو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة إن كان أتلفها ، ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع مافيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم فى البيع ينصرف إلى نقد البلد ، وإن وجدها نقد البلد جاز ولاخيار للبائع ، بخلاف ما لو قال اشتريت بما فى هذه الخابية ثم رأى الدراهم التى كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد ، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها ، وفى الخابية لايعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ، ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لاخيار الرؤية لأن خيار الرؤية لايثبت فى النقود (قوله والأثمان المطلقة) أى عن قيد الإشارة (لاتصح حتى تكون معلومة القدر) كخمسة وعشرة دراهم أو أكرار حنطة ، بخلاف مالو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فإنه ليس عوضا مشارا إليه ، فإن المشار إليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب ، فلهذا إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار . ومما لايجوز البيع به البيع بقيمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لايجوز ، فإن علم المشترى بالقدر فى المجلس فرضيه عاد جائزا ، وكذا لاتجوز بألف درهم إلا دينارا أو بمائة دينار إلا درهما ، وكذا لايجوز بمثل مايبيع الناس إلا أن يكون شيئا لايتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية ، وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية ، وهذا لأنها إذا كانت الصفة مجهوله تتحقق المنازعة فى وصفها . فالمشترى يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة . واعلم أن الأعواض فى البيع إما دراهم أو دنانير فهى ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفا ، وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهى مبيعة أبدا ، ولا يجوز فيها البيع إلا عينا إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا فى الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا فى الذمة

فى جواز البيع ، لأن بالإشارة كفاية فى التعريف المنافى للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين أوجبهما عقد البيع ، فإن جهالة الوصف لاتفضى إلى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه فى التعريف ، وكون التقابض ناجزا فى البيع بخلاف السلم على ما سيأتى ، وهذا إنما يستقيم إذا لم تكن الأعراض ربوية ، أما إذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا ، وإنما لم يقيد فى الكتاب لأن ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه . قال (والأثمان المطلقة لاتصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) الأثمان المطلقة عن الإشارة لايصح بها العقد إلا أن تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها ، والصفة ككونها بخاريا أو سمرقنديا لأن التسليم واجب

(قوله فإن جهالة الوصف الخ) أقول : والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا لحال جهالة الوصف فيه

(قوله ناجزا فى البيع) أقول : أى حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول : إذا بيعت بجنسها .

وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز ، هذا هو الأصل .
قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوما) لإطلاق قوله تعالى .

على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة ، فلذا قلنا إذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز . ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس ، بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض . فإن قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات ، فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن ، وما كان معينا فبيع ، فإن كان كل منهما معينا . فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمنا والآخر مبيعا . وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع : المكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل ، فلذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح إلا بطريق السلم فيجب أن يضرب الأجل للحنطة . واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوى لو قال : اشتريت منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير أو دراهم ، إن كان في البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس ، وإن كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه الجملة ينصرف إلى ما يبتاع الناس بذلك النقد انتهى . وحاصل هذا أنه إذا صرح بالعدد فتعين المعدود من كونها دراهم أو دنانير أو فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل) لإطلاق قوله تعالى

بالعقد ، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع . فالتسليم يمتنع بها (وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع . قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرخي رحمه الله : المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين ، وهذا على المذهب ، فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق . وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح : الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه يثبت في الذمة وليس بثمن ، وقيل المبيع ما يحله العقد من الأعيان ابتداء ، وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر ، فإنه إنما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الإجارة ، والثمن ما يقابله . وينقسم كل منهما إلى محض ومتردد ، فالمبيع المحض هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال إلا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة إلى أجل بدلا عن عين فإنها أثمان ، وليس اشتراط الأجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة ، والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فإنها مبيعة نظرا إلى الانتفاع بأعيانها أثمان نظرا إلى أنها مثلية كالنقدين ، فإن قابلها النقدان فهي معينة ، وإن قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لأن البيع لا بد له منهما وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وإن كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة ، فإن دخلت

(قوله يمتنع حصوله بالجهالة الخ) أقول : أي بجهالة ذلك الواجب (قوله إلى النزاع) أقول : في ذلك الواجب (قوله والثمن ما لم يتعين) أقول : هذا أيضا منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم إذا كان عينا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه يثبت في الذمة) أقول : لا يبعد أن يقال : المعرف هو المبيع المطلق والثمن المطلق وهو ما يكون ثمنا بكل حال ، فمعنى التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقرينة الإطلاق الذي ينصرف على الكمال (قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ) أقول : ويجوز أن يكون احترازا عن الثمن (قوله والثمن ما يقابله) أقول : أي يقابل ما يحله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته .

ـ وأحلّ الله البيع ـ وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه اشترى من يهودى طعاما إلى أجل معلوم ورهنه درعه». ولابد أن يكون الأجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه به فى قريب المدة وهذا يسلمه فى بعيدها . قال (ومن أطلق الثمن فى البيع كان على غالب نقد البلد) لأنه المتعارف، وفيه التحرى للجواز فيصرف إليه

ـ وأحل الله البيع ـ) وما بثمن مؤجل بيع . وفى صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها «(اشترى) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودى إلى أجل ورهنه درعا له) من حديد» وفى لفظ الصحيحين : «طعاما بنسيئة» . وقد سمى هذا اليهودى فى سنن البيهقى أخرجه عن جابر «أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبى الشحم رجل من بنى ظفر فى شعير» (ولا بد أن يكون الأجل معلوما لأن جهالته تفضى إلى المنازعة فى التسلم والتسليم ، فهذا يطالبه فى قريب المدة وذاك فى بعيدها) ولأنه عليه الصلاة والسلام فى موضع شرط الأجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال «من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» وعلى كل ذلك انعقد الإجماع وأما البطلان فيما إذا قال بعتكه بألف حالا وبألفين إلى سنة فلجهالة الثمن ، ومن جهالة الأجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدى إليه الثمن فى بلد آخر ، ولو قال إلى شهر على أن تؤدى الثمن فى بلد آخر جاز بألف إلى شهر ، ويبطل شرط الإيفاء فى بلد آخر لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لاحمل له ولا مؤنة لايصح ، فلو كان له حمل ومؤنة صح ، ومنه على قول محمد ما إذا باعه على أن يدفع إليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فإن البيع فاسد، لأن محمدا رحمه الله علله بتضمنه أجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذى يسلم إليه فيه المبيع جاز البيع . وأما أبو يوسف فإنما علله بالشرط الذى لايقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن فى البيع) أى أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلا (انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف) المطلق (إليه) فإن كان إطلاق اسم الدراهم

فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكرّ حنطة وقد وصفها كانت ثمنا ، وإن دخلت فى غيرها كأن يقال : اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح إلا سلما بشروطه . هذا ملخص كلامهم فى هذا الموضع . وأقول : الأعيان ثلاثة : نقود أعنى الدراهم والدنانير : وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك . ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة ، وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض ، وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا ، والتمييز فى اللفظ بدخول الباء وعدمه . قال (والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز) لإطلاق قوله تعالى ـ وأحل الله البيع ـ ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما إلى أجل ورهنه درعه) لكن لابد وأن يكون الأجل معلوما لئلا يفضى إلى مايمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم ، فربما يطالب البائع فى مدة قريبة والمشترى يؤخر إلى بعيدها . قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كأن قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا أو سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد ، وإن كان فى البلد الذى وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا إلا أن يبين أحدها .

واعلم أنى أذكر لك فى هذا الموضع الأقسام العقلية المتصورة فى هذه المسئلة إجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلا له ، فإنى ماوجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ماينبغى فأقول : إذا كان فى البلد نقود مختلفة، فإما أن يكون الاختلاف فى المالية والرواج ، أو فى المالية دون الرواج ، أو فى الرواج دون المالية ، أو لايكون فى شىء

(قوله وأقول الأعيان ثلاثة الخ) أقول : ولعل وجه العدول كما ذكروه استلزامه فقدان المبيع فى بيع النقدين وفقدان الثمن فى المقايضة ، بخلاف ما اختاره .

(فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدهما) وهذا إذا كان الكل فى الرواج سواء ، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحريا للجواز ، وهذا إذا كانت مختلفة فى المالية ، فإن كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصرتى اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم ، كذا قالوا ، وينصرف إلى ما قدر به من أى نوع كان لأنه لامنازعة ولا اختلاف فى المالية .

فى العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولى وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف ، وإن كان التعامل بها فى الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم إهدار كلام العاقل (فإن كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الأشرفى والناصرى بمصر لكنها فى الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعلم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوى فى الرواج ،

منهما بل فى مجرد الاسم كالمصرى والدمشقى مثلا ، فإن كان الأول جاز البيع وانصرف إلى الأروج ، وإن كان الثانى لايجوز لأن الجهالة فى المنازعة توقعهما فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ، وإن كان الثالث يجوز ويتصرف إلى الأروج تحريا للجواز ، وإن كان الرابع فكذلك لأن الجهالة ليست موقعة فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم . وإذا عرف هذا فقوله (فإن كانت النقود مختلفة) يعنى فى المالية كالذهب المصرى والمغربى ، فإن المصرى أفضل فى المالية من المغربى إذا فرض استواؤهما فى الرواج (فالبيع فاسد) لأن الجهالة تفضى إلى المنازعة إشارة إلى القسم الثانى ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز . وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف البيع إليه تحريا للجواز) إشارة إلى القسم الأول أو إلى القسم الثالث ، لأن كون أحدها أروج أعم من أن يكون مع اختلاف فى المالية أو مع استواء والبيع جائز فيهما . وقوله (وهذا) أى فساد البيع إذا كانت مختلفة فى المالية : يعنى مع الاستواء فى الرواج إشارة إلى القسم الثانى : أعاده للتمثيل بقوله كالثنائى وهو مايكون الاثنان منه دانقا والثلاثى وهو مايكون الثلاثة منه دانقا والنصرتى اليوم بسمرقند فإنه بمنزلة الناصرى ببخارى ، والاختلاف بين العدالى بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا ، وكل هذا يختلف فى المالية مع التساوى فى الرواج . وقوله (فإن كانت سواء فيها) أى فى المالية : يعنى مع الاستواء فى الرواج إشارة إلى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله (جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أى المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (إلى ماقدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أى نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لأنه لامنازعة لاستوائهما فى الرواج (ولا اختلاف فى المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله ، فإنه فصل بين قوله إذا كانت مختلفة فى المالية . ومثاله وهو قوله كالثنائى بالشرط وهو قوله فإن كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائى إلى قوله جاز ، ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائى الخ متعلقا بقوله فإن كانت سواء لأن ماكان اثنان منه نقادا وثلاثة منه دانقا لايكونان فى المالية سواء ، لكن يمكن أن يكونا فى الرواج سواء ، هذا

(قال المصنف : والاختلاف بين العدالى الخ) أقول : والظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود فى المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ ، إلى قوله : هذا ماسنح لى فى حل هذا الموضع) أقول : فيه بحث فإن اسم الدراهم إنما يطلق على اثنين من الثنائى وثلاثة من الثلاثى كما صرحوا ، فحينئذ يظهر استواؤهما فى المالية وأنه ليس فى كلام الشيخ تعقيد فليتأمل .

قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا

وإذا لم يكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة لأن المشترى يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى فيفسد البيع ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فى المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه بعنى هذا الثوب ببعض العشرة التى لى عليك وبعنى هذا الآخر بباقى العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم إفضاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة بضم المبيع الثانى إليه إذ به يصير ثمنهما عشرة ، وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه . وإن كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف إلى الأروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة . وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدى من أيها شاء لأنه لافضل لأحدها ، فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشترى أن يعطيه من الصنف الآخر لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشترى مع أنه لافضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت . وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لاتتعين ، حتى لو أراه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز : يعنى إذا كانا متحدى المالية والثنائى والثلاثى اسما دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية : وكذا الركنى والخليفتى فى الذهب كان الخليفتى أفضل مالية عندهم والعدالى اسم للدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهى الحنطة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة : « كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير » . فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقى : أى وباقى الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أى بشرط عدد من الكيل . وإلا فى اللغة المكايلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أى بلا كيل ولا وزن بل بإراءة الصبرة . والجزف فى الأصل : الأخذ بكثرة من قولهم جزف له فى الكيل إذا أكثر ومرجعه إلى المساهلة . قال المصنف (وهذا) يعنى البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها ، فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا ، وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها ، وأما ما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز . وفى الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال : ما حرم فى الكثير حرم فى القليل . والقيد مقيد أيضا بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فإنه لايخرج عن المجازفة بسبب أنه لايعرف قدره . ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز ، لأن المانع إنما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل ، وهو منتف فيما إذا

ماسنح لى فى حل هذا الموضع والله أعلم . قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة) المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لأنه يقع عليهما عرفا ، وسيأتى فى الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما ، كل ذلك إذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه ، وإذا بيع (مجازفة) فإن كان شيئا لايدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان مما يدخل تحته لايجوز إلا (بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ») . لايقال : لادلالة فى الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم من الشرط ، وهو ليس بحجة

(قوله وإن كان مما يدخل تحته ، إلى قوله : لايقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول : أنت خبير بأن إيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز إذا بيع بخلاف جنسه ، وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا ، تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح فى تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام .

ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة . قال (ويجوز بإناء بعينه لايعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لايعرف مقداره) لأن الجهالة لاتفضى إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة .

وضع صبرة فضة فى كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز . والحديث الذى ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة إلا البخارى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبرّ بالبرّ والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد . فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يدا بيد » (ولأن) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتعجل التسليم على ماتقدم فلا يمنع (فشابه جهالة القيمة) للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته ، فإنه لو اشترى من إنسان ما يساوى مائة بدرهم والبائع لايعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله ويجوز بإناء بعينه لايعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لايعرف مقداره) قد قيد الإناء بكونه مما لايحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد ، أما إذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز ، وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبى حنيفة أنه لايجوز ، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق فى المجرد جوازه ، ولابد من اعتبار القرب المتعارفة فى البلد مع غالب السقائين ، فلو ملأه له بأصغر منها لايقبل . وكذا راوية منه يوفيه فى منزله . وعن أبى يوسف إذا ملأها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالا لايجوز . ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع فى الثانى . وفى الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا إذا كانت القربة معينة . وعن أبى يوسف أيضا يجوز فى القرب مطلقا . وفى المحيط : بيع الماء فى الحياض والآبار لايجوز إلا إذا جعله فى وعاء . ووجه فى المبسوط مسئلة الكتاب بأن فى المعين مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى . وفيه نظر فإن فى المجازفة الإشارة إلى عين المبيع

لأن الدليل على ذلك صدر الحديث ، ولأن الجهالة مانعة إذا منعت التسليم ، وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما إذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم ، بخلاف ما إذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بإناء بعينه إذا باع الطعام أو الحبوب (بإناء بعينه أو بوزن حجر بعينه لايعرف مقدارهما جاز) لأن الجهالة المانعة ماتفضى إلى المنازعة ، وهذه ليست كذلك لأن التسليم فى البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الإناء والحجر قبل التسليم . وقيل يشكل على هذا ما إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقين ، أو اشترى بأى ثمن شاء فإن الجهالة لم تفض إلى المنازعة والبيع باطل ، وليس بوارد لأنا قلنا إن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد وهذا لانزاع فيه ، ولم نقل إن كل ماهو باطل لابد وأن يكون للجهالة ، فيجوز أن يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين فى الأولى ولعدم الثمن فى الثانية . وروى عن أبى يوسف أن الجواز فيما إذا كان المكيال لاينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها ، أما إذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فإنه لايجوز ، بخلاف السلم فإنه لايجوز بإناء مجهول القدر وإن كان معينا ، وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر ، والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة . وعن أبى حنيفة فى رواية الحسن بن زياد أن البيع أيضا لايجوز كالسلم لأن البيع فى المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو يذكر القدر ، فى المجازفة المعقود عليه هو ما يشار إليه ولامعتبر بالمعيار ، وفى غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شىء منهما فإن الفرض عدم

(قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين فى الأولى الخ) أقول : إذا كان غير عين يكون مجهولا وسيجىء أن الفساد فيه للجهالة .

وعن أبي حنيفة أنه لايجوز فى البيع أيضا ، والأول أصح وأظهر .

ثابتة تفيد الإحاطة بمقدار جرمه وأقطاره ، ومثل هذا التمييز لايحصل لها فى كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك . والوجه يقتضى أن يثبت الخيار إذا كان به أو وزن للمشترى كما فى الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص فى جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به ، ومعلوم أن ذلك بالوزن . وفى جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر ، وفيه الخيار ، وينبغى أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لايجوز فى البيع أيضا كما لايجوز فى السلم ، فقوله لايجوز : أى لا يلزم . قال المصنف (والأول أصح) أى من جهة الرواية (وأظهر) أى من حيث الوجه المذكور فى الكتاب . وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لاتفضى إلى المنازعة وهى المانعة ، وذلك لأنه يتعجل فيندر هلاكه ، بخلاف السلم لايتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه ، ولا يخفى أن هذا الوجه لاينفى ثبوت الخيار ، وأقرب الأمور إلى مانحن فيه قول أبي حنيفة فى المسئلة التى تلى هذه : وهى ما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه إذا كال فى المجلس حتى عرف المقدار صح ، ويثبت الخيار للمشترى كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها ، لكن هذه الرواية أتم ، وصار كما إذا رأى الدهن فى قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه . هذا وقد روى عن أبي يوسف اشتراط كون مايوزن به لايحتمل النقصان حتى لايجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالجفاف ، وعول بعضهم على ذلك وليس بشىء فإن البيع بوزن حجر بعينه لايصح إلا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف يوجب نقصا فى ذلك الزمان ، وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع ، بل لايجوز ذلك كما لايجوز الإسلام فى وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه ، والفرض أن أقل مدة السلم ثلاثة أيام ، ولا شك أن تأخر التسليم فيه إلى مجلس آخر يفضى إلى المنازعة لأن هلاكه إن ندر فالاختلاف فى أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر ، وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع فى ذلك بالتعجيل كما فى عبارة المبسوط حيث قال : لو اشترى بهذا الإناء يدا بيد فلا بأس به ، ثم إن فى المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى ، وهذا لأن التسليم عقيب البيع إلى آخر ما ذكر وتقدم النظر فى الأولوية . هذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لاتفضى إلى المنازعة ما إذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشترى أيهم شاء أو باع بأى ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لايفضى إلى المنازعة . أجيب بأن المبطل فى المورد معنى آخر وهو علم المبيع والثمن لا الجهالة ، وكان مقتضاه أنه لايجوز فى عبد من ثلاثة ، لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتى ، ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة فى القربة من ماء النهر وأنه كبيع الطير قبل أن يصطاده ، كما لو باعه كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة صرحوا بأنه لايجوز إلا أن يكون سلما . وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القربة فى ديارنا بمصر إذا لم تكن معينة مثل قربة كتافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة ، ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر فى الماء . ونظير ما نحن فيه ما إذا باع حنطة مجموعة فى بيت أو مطمورة فى الأرض والمشترى لايعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة أن له الخيار إذا علم . إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحتها دكان : أى صفة ونحوها ، كذا فى فتاوى القاضى .

المجازفة . والمكيال إذا لم يكن معلوما لم يسم شىء من القدر (والأول أصح) يعنى من حيث الدليل فإن المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة (وأظهر) يعنى من حيث الرواية .

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة إلا أن يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فى الوجهين) له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم، إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل فى المجلس ، وصار هذا كما لو أقرّ وقال لفلان علىّ كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع .

وعن أبى جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ، ولو باعه قدر مايملأ هذا البيت لايجوز . وفى الفتاوى : بعت منك ما لى فى هذه الدار من الرقيق والدوابّ والثياب والمشترى لايعلم مافيها فهو فاسد لجهالة المبيع ؛ ولو قال مافى هذا البيت جاز ، وإن لم يعلم به لأن الجهالة يسيرة ، وإذا جاز فى البيت جاز فى الصندوق والجوالق ، ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشترى بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ؛ ولو اشترى موزونا بإناء على أن يفرغه ويزن الإناء فيحطّ قدر وزنه من الثمن جاز ، وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم ، فلذا اختلفوا فيما إذا باع الجمد الكائن فى المجمدة ، قيل لايجوز حتى يسلم أولا ثم يبيع ، والأصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبى جعفر إذا سلم قبل ثلاثة أيام ، ولو سلم بعدها لايجوز لأنها تذوب فى كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم ، غير أن النقص قليل قبل الأيام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز ، وقيل إنه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر إلى مايعده الناس كثيرا بحسب الأوقات فيجوز إذا سلمه قبل ، وسيأتى من هذا الباب شىء فى خيار الرؤية إن شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والإشارة إيجاب البيع فى واحد عنده ، ويتوقف فى الباقى إلى تسمية الكل فى المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشترى ، فإن رضى هل يلزم البيع على البائع وإن لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا . روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه لا يجوز إلا بتراضيهما ، وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشترى بأخذ الكل لايعمل فسخه ، وقال أبو يوسف ومحمد : صح البيع فى الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ، ثم إذا جاز فى قفيز واحد فللمشترى فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لأن التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزان (له أنه تعذر صرف البيع إلى الكل لجهالة المبيع والثمن) ولا جهالة فى القفيز فلزم فيه ، وإذا زالت بالتسمية أو الكيل فى المجلس يثبت الخيار كما إذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية إذ المؤثر

قال (ومن باع صبرة طعام) إذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، فإما أن يعلم مقدارها فى المجلس بتسمية جملة القفزان أو بالكيل فى المجلس أو لا ، فإن كان الأول فالبيع جائز والمبيع جملة مافيها من القفزان ، وإن كان الثانى فالمبيع قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وجملة القفزان كالأول عندهما . لأبى حنيفة أن صرف اللفظ إلى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضى إلى المنازعة لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع وإذا تعذر الصرف إلى الكل صرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة فى المجلس بأحد الأمرين المذكورين فيجوز ، لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم . فإن قيل : سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما إذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول

(قوله لأبى حنيفة إلى قوله جهالة تفضى إلى المنازعة) أقول : ولعل الأولى أن يقول جهالة تفضى إلى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول : هذا غير معقول (قوله إلا أن تزول الجهالة الخ) أقول : تأمل فى هذا الاستثناء (قوله فإن قيل : سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول : بلا تقييد بالمجلس (قوله كما إذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول : كان يبيع إلى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم أسقطا الأجل قبل حلوله ، وسيجىء تفصيله فى أواخر البيع الفاسد .

ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع ، وكما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشترى بالخيار . ثم إذا جاز فى قفيز واحد عند أبى حنيفة فللمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه ،

فى الأصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى ، بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد ، وما فى المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح فى الكل وإن علم بعد المجلس بعيد لأن ما فى المجلس كالثابت فى صلب العقد ، بخلاف ما بعده ، ولا يلزم إسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس ، وكذا زوال جهالة الأجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لأن المفسد فيهما لم يتمكن فى صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس ، وهذا لأن أثر الفساد فيهما لايظهر فى الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل . وأما ما أورد من أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لاتفضى إلى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لايتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا ، فجوابه أن المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدرا لعدم الإشارة ولا معرف شرعا له غير ذلك . وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية إلى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشترى بتسليمه الثمن وهو لايقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهافت ظاهر ، لأنه لايتصور أن يطالبه إلا بعد أن يكيله ليعرف القدر الذى يطالب به ، إذ لايمكن أن يطالبه إلا بكمية خاصة مشار إليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشترى فيقدر على التسليم ، ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطلا المنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما إزالتها) بأن يكيلا فى المجلس والجهالة التى هى كذلك لاتفضى إلى المنازعة كبيع عبد من عبدين أو ثلاثة على أن

أو شرط الخيار أربعة أيام . أجيب بأن الفساد فى صلب العقد قوى يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس ، وما ذكرتم فالفساد فيه ليس فى صلب العقد بل لأمر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره فى اليوم الرابع وبامتداد الأجل (ولهما أن هذه جهالة إزالتها فى أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما أن إزالتها بأيديهما فلأنها ترتفع بكيل كل منهما ، وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فإنه لايجوز ، لأن إزالتها إما بيد البائع إن كان هو الراقم ، أو بيد الغير إن كان الراقم غيره ، وعلى كل حال فالمشترى لايقدر على إزالتها ، وأما أن كل ماهو كذلك فهو غير مانع فكما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشترى بالخيار . وأجيب لأبى حنيفة أن القياس فيه الفساد أيضا ، إلا أنا جوزناه استحسانا بالنص ، ومعناه أنه فى معنى ما ورد به النص على ما سيأتى فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لايتعدى إلى غيره ، ولهذا لم يجوزه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ، ثم إذا جاز فى قفيز واحد عند أبى حنيفة كان للمشترى الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع ، لأن التفريق وإن كان فى حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به ، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسم ، وأما إذا لم يعلم بها فالوجه أنه نزل منزلة من باع مالم يره لما يأتى فلا خيار له ، وفيه بحث . أما أولا فلأن تفريق الصفقة لو

(قوله أجيب بأن الفساد فى صلب العقد قوى الخ) أقول : يرد أن يقال : إذا كان الفساد فى صلب العقد ينبغى أن لا يرتفع أصلا كما فى بيع الدرهم بالدرهمين وإسقاط الدرهم الزائد ، ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة (قوله لأن التفريق وإن كان فى حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جملة القفزان وكان راضيا به ، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسم الخ) أقول : وعندى أن مجىء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية يعم صورة عدم علمه بجملتها فإنه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع فى البيع ، فحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بموجبه فتأمل (قوله فالوجه أنه نزل منزلة من باع مالم يره لما يأتى فلا خيار له) أقول : إن أراد أنه لاخيار له مطلقا ولو إذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك ، وإن أراد أنه ليس له خيار الرؤية

وكذا إذا كيل فى المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم ذلك الآن فله الخيار . كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع :

المشترى بالخيار يأخذ أيهما شاء . وقد أورد عليه نقض إجمالى لو صح ما ذكر من أن الجهالة التى بيدهما إزالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز بيع عبد من أربعة ، على أن المشترى مخير فى تعيينه ، وأن يجوز البيع بأى ثمن شاء ، لكن البيع فى الكل باطل . أجيب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به فى صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذى فيه أنه سيظهر كذا وكذا ، وجوازه إذا علم فى المجلس بعقد آخر هو التعاطى كما قاله الحلوانى ، بخلاف مانحن فيه لأنه كما يعلم بكيل البيع يعلم بكيل المشترى . ومثل هذا القول البيع بأى ثمن شاء ، ومثله فى أحد العبيد الأربعة فى جانب المبيع ، فإن البيع لاينعقد فى غير معين فكان بيعا بلا مبيع ، وكان مقتضى هذا أن لايجوز فى عبد من ثلاثة إلا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام

استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك ، فإنه إذا باع الرجلان عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز فى نصيب الشريك ولا يجوز فى نصيبه ولا خيار له . فهاهنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار . وأما ثانيا فلأن قياس قول أبى حنيفة أن لا يخير المشترى للزوم انصراف البيع إلى الواحد لعلمه كما لو اشترى قنا مع مدبر فإنه لاخيار له فى القن لعلمه أن البيع ينصرف إليه . والحاصل أن الخيار يوجب التفريق والتفريق إنما يتحقق أن لو كان العقد واردا على الكل والمشترى يقبل البعض ، وليس كذلك هاهنا على قول أبى حنيفة . والجواب عن الأول أنا لانسلم تفريق الصفقة لأن الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقا . وإنما وقع على نصيب شريكه لاغير لأن فى وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأنه لايجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فإن البيع ينصرف إلى القن فقط لأن المدبر لايقبل النقل ولا خيار له فى القن . وعن الثانى بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه ، والعوام لاعلم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وإن لم يلزم على قول أبى حنيفة ، وهذا ضعيف لأن قولهما إن الكل مبيع فمن أين التفريق . والأولى أن يقال : قياس قول أبى حنيفة تفريق الصفقة لأن الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما أيضا الكثرة وما ثمة مانع شرعى عن الصرف إلى الجميع ، ولهذا لو علم المقدار فى المجلس جاز ، والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد إلى بعض مادل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان ، وليس تفريق الصفقة إلا ذلك . بقى أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا ، وقد تقدم الجواب فى صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا إذا كيل فى المجلس أو سمى جميع قفزانها) يعنى كان للمشترى الخيار لكن لابذلك التعليل بل بما قال لأنه علم ذلك الآن ، فربما كان فى حدسه أو ظنه أن الصبرة تأتى بمقدار ما يحتاج إليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا ، وفى تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشترى من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ، وهكذا فى الموزونات والمعدودات المتقاربة .

فمسلم ، وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفرق الصفقة . ثم الأولى تأخير قوله لما يأتى عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثانى بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول: قيل الانصراف إلى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ، ولهذا لايشيع الفساد على ماسيجىء فى باب البيع الفاسد فما الفرق (قوله وهذا ضعيف لأن قولهما أن الكل مبيع فمن أين التفريق) أقول : فيه أنه يجوز أن يكون مراد المجيب أنهما يقصدان كون الكل مبيعا على مذهبهما ، والقاضى يحكم بمذهب أبى حنيفة فتفرق الصفقة عليها فليتأمل (قوله وما ثمة مانع شرعى عن الصرف إلى الجميع الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب فى صدر هذا البحث عنه) أقول : وقد تقدم مافى الجواب الذى اختاره أيضا .

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة ، وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان ، وكذا كل معدود متفاوت ، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا ، وعنده ينصرف إلى الواحد) لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت .

ولا يخفى أن كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لأبي حنيفة ، فإنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما إزالتها بعد كونها في صلب العقد ، وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم وبأي ثمن شاء ، أو في المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع ، وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالتها ثابت في حمل النزاع إذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين إلا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما ، وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد ، وإذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في احتمالات أربعة لا تتعداها ، فلأن تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أولى ، بل ويسجل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين إذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد ، وحينئذ ترجح قول أبي حنيفة ، وظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد من الثمن ، والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها بدلالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها فيها ، وغايته إذا أزيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الأول كما ذكر في الرقم ، بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع فيها بالجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع . وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى ما لا تعلم نهايته فإنما يتناول أدناه لصيانته عن الإلغاء كالإقرار بأن عليه كل درهم إنما يلزمه درهم واحد ، وكذا إجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان إثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل .

[فرع] اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد ، لأن المشترى يملكه بنفس العقد ، فإذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ، ولو كان في المصر وشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ، ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد . واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف ، فإن الإنسان يشترى الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكترى دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر ، وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والإيفاء في الاستحسان لأن المراد منهما واحد ، واختار شمس الأئمة الفرق فإن الإيفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات ، فإذا أضاف البيع

(وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبي حنيفة رحمه الله في الجميع فاسد ، وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في المكيلات) . إلا أن التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة ، بخلاف المكيلات وحكم المذروعات إذا بيعت مزارعة حكم الغنم إذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن ، وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم ، أو قال بعتك هذا الثوب

وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضى إليها فى الأول فوضح الفرق . قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن ، وإن شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود ، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم

على الوجه المذكور فى الحيوانات بأن قال بعتك هذه القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد فى الكل عند أبى حنيفة ، أما إذا سمى أحدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما إذا اقتصر على بيان عدد القطيع ، وعندهما يجوز فى الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما إزالتها وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن وإلغاء كون ارتفاعها بيدهما غير أن الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالإجزاء فتقع المنازعة فى تعيين ذلك الواحد ففسد فى الكل . ولهذا لو باع شاة أو عشرا من مائة شاة أو بطيخة أو عشرا من وقر بطيخ كان باطلا . وأما الجواز فيما إذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قلمنا قال العتابى : إن ذلك فى ثوب يضره التبعيض ، أما فى الكرباس فينبغى أن يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام ، وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والأوانى والرقيق والإبل . ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبى حنيفة لا يجوز وإن بينه بعد ذلك ، وكذا فى الدار ، وهذا غير الأليق بأصله المذكور فى الخلافية . وفى الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا ، والوقر عنده معروف ، إن كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز فى وقر واحد عند أبى حنيفة كما فى بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ، وإن كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبى حنيفة كقطيع الغنم ، وعندهما يجوز إذا كان جنسا واحدا فى كل العنب كل وقر بما قال ، وكذا إذا كان الجنس مختلفا فكذا أورد الصدر الشهيد ، والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما إذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وإن كان من أجناس مختلفا فيه : ثم قال الفقيه : والفتوى على قولهما تيسيرا للأمر على الناس انتهى ، وتفريع الصدر الشهيد أوجه .(قوله ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز) مثلا (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشترى الخيار ، إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلى مكيلا أو موزونا (فإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة عليه ، وكذا الخلاصة فى كل مكيل وموزون (وإن وجدها زائدة فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين) ليس

وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم ، أو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح . أما الأولى فظاهرة ، وأما الثانية فلأن المعقود عليه معلوم ، وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب . وأما الثالثة فلأنه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما ، وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والأوانى ، وأما عندهما فهو جائز فى الكل لما قلنا قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم) فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر ، فإن كان الأول فذاك ، وإن كان الثانى خير المشترى بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا ، وإن كان الثالث

(قوله فهو جائز فى الكل لما قلنا) أقول : من أن إزالة الجهالة بيديهما (قوله وإن كان الثانى خير المشترى بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول : قوله لتفرق الخ ينبغى أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير إذ لا معنى له ، وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للمشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول : فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق ..

أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشترى بالخيار ، إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك) لأن الذراع وصف فى الثوب ؛ ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لايقابله شىء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن ، بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته ، إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا. قال (وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى

له جهة الوصفية ، فما زاد عليه لم يدخل فى العقد فيكون للبائع ، ولو كان المشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فإن شاء أخذ الموجود بكل الثمن وإن شاء ترك ، وإن وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشترى (ولو) كان (قال على أنها مائة ذراع) مثلا (بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فللمشترى الخيار) إن شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وإن كان) وجدها أكثر فله الخيار إن شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع ، وأصل هذا أن الذرع فى المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء، فإن لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشىء من الثمن ، وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك ، وإذا كان تابعا محضا فى هذه الصورة والتوابع لايقابلها شىء من الثمن كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فاعورّت فى يد البائع قبل التسليم لاينقص شىء من الثمن ، أو اعورّت عند المشترى جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن فى صورة النقص ، وإنما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه على أنه كاتب فوجده

فالزائد للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لايتناول غيره إلا إذا كان وصفا ، والقدر أى القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لايتناوله فكان للبائع لايجب تسليمه إلا بصفقة على حدة ، وكذا قبض المشترى وكان كل من العاقدين مخيرا فيها إن شاء باشرها أو تركها ، وإذا كان المشترى مذروعا كأن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على أنها مائة ذراع فوجدها أقل خير المشترى بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لأن الذرع وصف فى الثوب المبيع ، وكل ما هو وصف فى البيع لايقابله شىء من الثمن فالذرع فى الثوب لايقابله شىء من الثمن ، أما أنه وصف فقد بينه بقوله : ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الأعراض ، وأما أن الوصف لايقابله شىء من الثمن فقد بينه بقوله كأطراف الحيوان ، فإن من اشترى جارية فاعورّت فى يد البائع قبل التسليم لاينقص من الثمن شىء ، فلهذا أى فلكون الذرع وصفا لايقابله شىء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن ، بخلاف الفصل الأول : يعنى المكيل لأن المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته (وقال إلا أنه يتخير) استثناء من قوله يأخذ بكل الثمن ، وعلى هذا إذا وجدها أكثر من الذرع الذى سماه كان الزائد للمشترى ولا خيار للبائع لأنه وصف تابع للمبيع لايقابله شىء من الثمن ، فصار كما إذا باع عبدا على أنه أعمى فإذا هو بصير . واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه ، وقد منع أن يكون الذرع فى المذروعات وصفا ، والاستدلال بقوله؛ ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم ؟ لأنه كما يجوز أن يقال شىء طويل وعريض يقال شىء قليل أو كثير ، ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لامحالة ، فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز ؟ وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم فى الأصل والوصف ، واختلفت عباراتهم فى ذلك فقال بعضهم : ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف ،

(قال المصنف : ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول : إلا أن فيما نحن فيه عبارة عن الطول .

ولا خيار للبائع) لأنه صفة ، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيبا ، فإذا هو سليم (ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدها ناقصة فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه

لايحسن الكتابة ، وله الزائد فى الصورة الزائدة (كما إذا باعه) على أنه معيب فوجده سليما ، هذا إذا لم يفرد بالثمن ، فإن أفرد بالثمن وهو ما إذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ، ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة ، فكذا إذا وجد الذرعان ناقصة فى هذه الصورة ، وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم ، ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زادت عدد الثياب على المشروط وإن كان بينهما فرق ، فإن

وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل . وقال بعضهم : ما لوجوده تأثير فى تقدم غيره ولعدمه تأثير فى نقصان غيره فهو وصف ، وما ليس كذلك فهو أصل . وقيل مالاينقص الباقى بفواته فهو أصل ، ومالايكون كذلك فهو وصف ، وهو قريب من الثانى . والمكيل لايتعيب بالتبعيض ، والمذروع يتعيب ، وعشرة أقفزة إذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذى يخصها مع القفيز الواحد فيما إذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة أقفزة ، وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا انتقص فإن الباقى لايشترى بالثمن الذى كان يشترى معه ، فإن الثوب العتابى إذن مثلا إذا كان خمس عشرة ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد فى قيمة الخمسة وفى قيمة العشرة أيضا . وإذا عرف هذا عرف أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف ، وهو اصطلاح يقع على ماهو المتعارف بين التجار . فإن قيل : سلمنا أن الذرع وصف لكن لانسلم أن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن فإن المبيع المعيب إذا امتنع رده رجع المشترى بنقصان العيب ، كمن اشترى عبدا وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان أصبع يرجع على بائعه بالنقصان ، وكمال الأصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور . أجيب بأن كلامنا فى الوصف لا فى الوصف المقصود بالتناول ، فإنه إذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما إذا امتنع الرد لحق البائع كما إذا تعيب المبيع عند المشترى أو لحق الشرع بأن كان ثوبا فخاطه المشترى ثم اطلع على عيب أخذ شبها بالأصل فأخذ قسطا من الثمن ، ولو قال بعتكها : يعنى الثياب أو المذروعات كذا فى النهاية ، وفيه نظر لأن المبيع إن كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة . والأولى أن يقال : يعنى الأرض فإذا باعها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فإن وجدت ناقصة أخذها المشترى بحصتها من الثمن أو ترك ، لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ، وهذا معنى قولهم إن الوصف يقابله شيء من الثمن إذا كان مقصودا بالتناول ، وهذا : أى أخذها بحصتها من الثمن إنما هو لأنه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشترى آخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم ، لأن كلمة على تأتى للشرط كما عرف فى موضعه . ونوقض بالمسئلة الأولى لأن الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا فى المسئلة الأولى أيضا لأنه ذكر عشرة دراهم فى مقابلة عشرة أذرع ، ومقابلة الجملة بالجملة تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد : وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث أنه من أجزاء العين التى هى مبيعة كالقفيز ، ووصف من وجه

بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم (وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، وإن شاء فسخ البيع) لأنه إن حصل له الزيادة فى الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير ، وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط .

عدد الثياب إذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لأن المنازعة تجرى فى تعيين الثوب الذى يردّ إلى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه . أما هنا فالذراع ليس أصلا من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ ، لأنه وإن صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار ، وإذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر فى المثليات إلا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع إلى القدر ، ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج إلى الفرق فقيل لأن المثلى لاتنقص قيمته بنقصان القدر ، فإن الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت إلى قفيزين فى القلة لم تنقص قيمة القفيز ، بخلاف الثوب والأرض؛ ألا ترى أن الثوب الذى عادته عشرة وهو قدر مايفصل قباء أو فرجية كان بثمن إذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ، ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو فى الأسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير ، وذلك لأنه لايفيد الغرض الذى يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه

من حيث أنه لايقابله شىء من الثمن كالجمال والكتابة ، ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الإفراد عند ذكر كل ذراع لزم إلغاء جهة الوصفية من كل وجه ، فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره ، وبالأصلية عند ذكره عملا بالشبهين ، وفيه نظر لأن قوله من حيث أنه لايقابله شىء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها . والأولى أن يقال : إذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ، ولا معتبر بذلك لما ذكرنا أن الوصف يصير أصلا إذا كان مقصودا بالتناول ، وإن وجدت زائدة أخذ المشترى الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ ، أما خيار الفسخ فلأنه إن حصل له الزيادة فى الذرع لزمه الزيادة فى الثمن وفى ذلك ضرر فكان فى معنى خيار الرؤية فى دفع الضرر فيتخير ، وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط . وفيه بحث من وجهين : أما الأول فهو أن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل ، كما لو كان العقد واردا على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتى . وأما الثانى فهو أن الذراع لو كان أصلا بإفراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة فى العقد ، كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أقفزة فإذا هى أحد عشر ، فإن الزيادة لاتدخل إلا بصفقة على حدة ، وقد تقدم وهاهنا دخلت فى تلك الصفقة . والجواب عن الأول أن الأثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضى إلى المنازعة ، والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك . وعن الثانى بأن الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا فى الجواز والقفيز

(قوله وفيه نظر لأن قوله من حيث هو الخ) أقول : تسامح فى العبارة ، فإن معلول الوصفية هو عدم مقابلة شىء من الثمن لاهذا القول (قوله فلا يكون علة لها) أقول : يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بلا لزوم المصادرة (قوله والأولى أن يقال يعنى الأرض) أقول : فيه أن قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب ينبىء عن إرجاع الضمير إلى الأرض كما لايخفى ، ثم يجوز أن يرجع الضمير إلى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا تأويل مافى النهاية (قوله فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول : ممنوع كما يظهر فى مسئلة اشتراء العدل على أنه عشرة أثواب (قوله وعن الثانى بأن الذراع الخ) أقول : ويجوز أن يجاب عن الثانى بأنه لما كان فى الذراع جهتا الأصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين ، ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح .

قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقالا : هو جائز ، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز فى قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم . وله أن الذراع اسم لما يذرع به ، واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع ، وذلك غير معلوم ، بخلاف السهم . ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ،

لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وقالا : هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله . (وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز فى قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما فى بيع عشرة أسهم من مائة سهم ، وعنده مؤداة قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة فى تعيين مكان العشرة ففسد البيع ، فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ، ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا ، فهو نظير اختلافهم فى نكاح الصابئة مبنى على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب ، فلو اتفقوا على الثانى اتفقوا على جوازه ، أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز ، فالشأن فى ترجيح المبنى . فأبو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم أنه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التى يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها ، وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدرا بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لأن السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم .

الزائد ليس كذلك ، قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعنى أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا ينقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز إذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم فى كونها عشرا فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم . ولأبي حنيفة أن الذراع حقيقة فى الآلة التى يذرع بها وإرادتها هاهنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وإرادة المحل ، وما يحله لا يكون إلا معينا مشخصا لأنه فعل حسى يقتضى محلا حسيا ، والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (وذلك) أى العشرة الأذرع غير معلوم هنا ، إذ لم يعلم أن العشرة من أى جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة ، بخلاف السهم فإنه أمر عقلى لا يقتضى محلا حسيا فيجوز أن يكون فى الشائع فالجهالة لا تفضى إلى المنازعة فإن صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها ، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار فى قدر نصيب من أى موضع كان ، ولا فرق عنده بين ما إذا علم جملة الذرعان كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع ، وبين ما إذا لم يعلم ، كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار فى الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف أن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان . وأما إذا عرفت مساحتها فإنه يجوز جعل هذه المسألة نظير

(قال المصنف : وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع) أقول : قال الإتقانى : كان القياس أن يقول استعيرت لأنه أسند إلى ضمير الذراع وهى مؤنثة ، لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه . لكن قال فى القاموس : الذراع بالكسر من طرف المرفق إلى طرف الأصبع الوسطى والساعد . وقد يذكر فيهما جمع أذرع وذرعان بالضم اه . وذكر باعتبار الخبر .

ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز فى فصل النقصان بقدره وله الخيار ، ولم يجز فى الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة .

وقد يقال إن تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على أنه إنما أراد بيع الشائع لأن به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر وإلا فلا فائدة فى تعيينه لأن العشرة أذرع لايتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه . وقد يقال فائدته لاتتعين فى ذلك لجواز أن يرفع به الفساد ، فإن بيع عشرة أذرع من ثوب لايجوز على قول أبى حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ . وعلى قول آخر ين يجوز لأنها جهالة بيدهما إزالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة ، وصحح هذا بناء على ماتقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأى الأول . ولما وضع المسئلة فى الجامع فى عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر أن ماقال الخصاف من أن الفساد عنده فيما إذا لم يعرف جملة الذرعان ؛ وأما إذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية ، وكذا من جهة الدراية فإن الفساد عنده للجهالة كما قلنا ، وبمعرفة قدر جملة المبيع لاتنتفى الجهالة عن البعض الذى بيع منه . واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الأرض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لايجوز لأن صحته على قولهما باعتبار أنه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها ، والصحيح أنه يجوز لأنها جهالة بأيديهما إزالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعتك ما فى هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع (فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع) فى صورة الزيادة لما قررناه من قريب فى الفرق بين الثوب والذراع الذى صار أصلا من وجه (والثمن) فى صورة النقصان لأن الثمن لا ينقسم أجزاؤه على حسب أجزاء المبيع القيمى والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينتقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمنا) بأن قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (فى فصل النقصان بقدره) أى بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه (ولم يجز فى الزيادة) لأن جهالة المبيع لاترتفع فيه لوقوع المنازعة فى تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر

ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوما فإنه يجوز عنده . قال (ومن اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب) عدل الشىء بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره ومنه عدل الحمل إذا اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع . أما إذا زاد فلجهالة المبيع لأن الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده ، والأثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة . وأما إذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشترى وهى مجهولة لأنه لايدرى أنه كان جيدا أو وسطا أو رديئا ، وحينئذ لاتدرى قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقى من الثمن فلا يشك فى فساده ، وإذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع فى فصل النقصان لكون الثمن معلوما ؛ وله الخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأنه تغير شرط عقده ولم يجز فى فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة . ومن مشايخنا من قال : إن البيع فاسد عند أبى حنيفة فى فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين الموجود والمعدوم فى صفقة فكان قبول البيع فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد فى صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فإنه لايجوز البيع عنده فى القن خلافا لهما كذلك هذا . واستدل بما ذكره محمد فى الجامع الصغير : رجل اشترى ثوبين

وقيل عند أبي حنيفة لايجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح ، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروى حيث لايجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما ، لأنه جعل القبول في المروى شرطا لجواز العقد في الهروى ، وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا .

(وقيل عند أبي حنيفة لايجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة : وأكثر مشايخنا على أن ماذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما . أما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لأنه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم ، والأصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي ، وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فإذا أحدهما مروى) بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروزى وكأنه للفرق بين القريتين ، قال : فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز في الهروى ، والفائت في مسئلة الجامع الصفة لا أصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت أحدها أولى . وإليه مال الحلوانى وقال إنه الصحيح عنده . وكذا نسبه شمس الأئمة السرخسى إلى أكثر مشايخنا ، ثم قال : والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا : يعنى عدم الفساد في الباقى لأن أباحنيفة في نظائر هذا المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة ، وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد ، بخلاف تلك المسئلة فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد . وأقول : قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم إن كان صريحا معلوم ولا يضر ، فإن في الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروى صريحا ، وإنما المقصود أنه إذا أضاف العقد إلى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ، ولا شك أن في العشرة أيضا كذلك ، فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر ، فكان قبوله في المعدوم شرطا إلى آخره . وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه المصنف وهو أن الشيئين الموجودين الموصوفين بوصف إذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف ، فإذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان

على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة ، فإذا أحدهما هروى والآخر مروى ، فالبيع فاسد في الهروى والمروى جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهم يجوز في الهروى . ووجه الاستدلال أن الفائت في الصفة مسئلة الجامع الصغير لا أصل الثوب ، فإذا كان فوات الصفة في أحد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد . قال الشيخ : وليس بصحيح لأن ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر الباقى . وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لأنه جعل القبول في المروى شرطا للعقد في الهروى ، وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لايقتضيه العقد فكان فاسدا ، وهذا لايوجد هاهنا فإنه ماشرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه ، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد .

(قال المصنف : فإذا أحدهما مروى) أقول : قال ابن الهمام : بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، وأما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروزى وكأنه للفرق بين قريتين اهـ . وفيه كلام (قوله لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول : لايقال إذا كان غير مذكور فبأى شيء علم الشرط لأنه لايعلم من إشارته إليهما حين البيع فليتأمل

(ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف ، قال أبوحنيفة رحمه الله : فى الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار ، وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة إن شاء . وقال أبو يوسف رحمه الله : فى الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء ، وفى الثانى يأخذ بعشرة إن شاء . وقال محمد رحمه الله : يأخذ فى الأول بعشرة ونصف إن شاء، وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) لأن من ضرورة

ذلك شرطا فاسدا فى القبول فى الآخر ، بخلاف ما إذا كان معدوما بذاته ووصفه فإنه ليس حينئذ داخلا فى العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد فى الآخر لأنه معدوم فيجعل ذلك غلطا ، فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد فى الآخر . فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ، ولاشك أن اعتبار الغلط إنما يتأتى من جهة البائع على معنى أنه إنما أوجب فى تسعة ، ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا ، فالمشترى لما قبل فى عشرة ما كان غالطا فما تلاقى الإيجاب والقبول ، كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت فى العشرة لايتم العقد فى التسعة ولا العشرة ، وإن كان معنى غلطه أنه قصد الإيجاب فى عشرة وليس فى الواقع إلا تسعة لم يفسد الصحة لأن المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله فى التسعة ، وهذا لأنه جادّ فى اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن فى ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة البيع باطل ، ولأنه باع ما ليس عنده . وفى المحيط : روى قاضى الحرمين أن العقد فاسد فى الفصل الأول ، وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كرّ فوجدها كذلك جاز ، إلا فى رواية عن أبى يوسف ، وإن وجدها كرا أو أكثر فالبيع فاسد . وكذا إذا قال على أنها أكثر من كر فوجدها كذلك ، وإن وجدها كرّا أو دونه ففاسد ، ولو قال كرّ أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير فى الأقل ، كما لو قال على أنها كرّ ، وعلى هذا إذا اشترى عنبا فى كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا فى العدديات المتقاربة انتهى . ووجه الفساد فى الأكثر أنه لايعلم قدر الزائد فإنه ليس للأقل من الكرّ والأكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد إلى البائع ، بخلاف ما إذا قال كرّا أو كرين . ولا وجه للرواية عن أبى يوسف لأن غاية ما فى ذلك أنه باع صبرة بشرط أن لاتبلغ المقدار الفلانى ، والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف ، قال أبوحنيفة رحمه الله : فى الوجه الأول أخذه بعشرة من غير خيار ، وفى الوجه الثانى أخذه بتسعة إن شاء . وقال أبو يوسف رحمه الله : فى الأوّل يأخذ بأحد عشر إن شاء ، وفى الثانى بعشرة إن شاء . وقال محمد رحمه الله : فى الوجه الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء ، وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (إن من ضرورة

وهروى بفتح الراء ومروى بسكونها منسوب إلى هراة ومرو قريتان بخراسان . قال (ولو اشترى ثوبا واحدا) إذا اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة : إذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار ، وفى النقصان بتسعة إن شاء . وقال أبو يوسف : إذا زاد أخذه بأحد عشر إن شاء ، وإن نقص بعشرة إن شاء . وقال محمد : أخذه فى الأول بعشرة ونصف ، وفى الثانى بتسعة ونصف إن شاء لأنه قابل كل ذراع بدرهم . ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم .

مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمها . ولأبى يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف فى الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع ، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل . وقيل فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل ، وعلى هذا قالوا : يجوز بيع ذراع منه .

مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب فى مقابلة كل جزء إضافى من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا ، وفى بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه : أى يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر ، وضمير يجزأ يصح عوده إلى كل من الذراع والدرهم ، إلا أن الدرهم أقرب مذكور ، وإنما يخير فى الزيادة لأن سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه إلا بالتزامه ، وفى النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولأبى يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على أنه ذراع لما عرف أن إفراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية إلى الأصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شىء من الثمن ، وإنما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن فى الزيادة نفعا يشوبه ضرر ، وفى النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولأبى حنيفة أن الذراع وصف فى الأصل ، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط) وكان الأولى أن يقول : حكم الأصل أو الثوب المنفصل بالشرط لأن المقدار أيضا وصف على ماتقدم : وأخذه حكم الأصل مقيد بكونه ذراعا ، فإذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الأصل فيبقى على الأصل من كونه وصفا لا يقابله شىء من الثمن ، وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له فى فصل الزيادة لأنه لم يلحقه ضرر فى مقابلة الزائد بل نفع خالص ، كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ، ويتخير فى النقصان لتفرق الصفقة ، ثم من الشارحين من اختار قول محمد ، وفى الذخيرة قول أبى حنيفة أصح ، وذكر

(فيجزأ عليه) من التجزئة . وفى بعض النسخ يجرى عليه أى على النصف حكم المقابلة ، ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولأبى يوسف أن بإفراد البدل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شىء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم . ولأبى حنيفة رضى الله عنه قد ثبت أن الذراع وصف فى الأصل لا يقابله شىء من الثمن ، وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع . فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه أصلا فعاد الحكم إلى الأصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجانا. وقيل هذه الأقوال الثلاثة فى الثوب الذى تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والأقبية . أما فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لأنه وإن اتصل بعضه ببعض فهو فى معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع . وعلى هذا قال المشايخ : إذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما فى الحنطة إذا باع قفيزا منها .

(قوله كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول : الأولى هو تعميم الكلام لكلا طرفى الزيادة والنقصان بأن يقول : كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع ، ولابد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ماتقدم من أنه إذا باع ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة فإن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ، ولعله يمنع ذلك للتفاوت فى أطراف الثوب الواحد ، ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالبا (قوله والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعا الخ) أقول : ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلا .

(فصل)

(ومن باع دارا دخل بناؤها فى البيع وإن لم يسمه، لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف) ولأنه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له .

حاصل الوجه المذكور له . وفى قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة إلى الجواب عن قول محمد إنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة .

(فصـــل)

لمـا ذكر ماينعقد به البيع وما لاينعقد ذكر مايدخل فى المبيع مما لم يسم وما لم يدخل . واستتبع مايخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) فى المحيط : الأصل أن كل ماكان فى الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل فى بيعها كالسالم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الأسفل من الرحى ، ويدخل الحجر الأعلى عندنا استحسانا ، والمراد بحجر الرحى المبنية فى الدار ، وهذا متعارف فى ديارهم ، أما فى ديار مصر لاتدخل رحا اليد لأنها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهى كالباب الموضوع ، والباب الموضوع لايدخل بالاتفاق فى بيع الدار . نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكى وضعته فإن كانت الدار فى يد البائع وادعاه المشترى لنفسه فالقول قول البائع ، وإن كانت فى يد المشترى فالقول قول المشترى : واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء بأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الأول بمسئلة الحلف لايدخل

(فصـــل)

مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين : إحداهما أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل فى المبيع وإن لم يذكر صريحا . والثانية : أن ماكان متصلا بالمبيع اتصال إقرار كان تابعا له فى الدخول ، ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر فى ثانى الحال ليس باتصال قرار ، وما وضع لا لأن يفصله فيه فهو اتصال قرار ، وعلى هذا (دخل بناء الدار فى بيعها وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف) لايقال : لانسلم تناوله البناء فى العرف فإنه لم يدخل فى باب الأيمان التى مبناها على العرف كما تقدم (لأن يتناوله إياه باعتبار كونه صفة لها) وهى إذا لم تكن داعية لليمين لايتقيد بها كما تقدم، والبناء ليس بداع إلى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام (ولأن البناء متصل به) أى بالأرض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعا له.

(فصل ومن باع دارا)

(قوله مسائل هذا الفصل) أقول : أى بعضها ، وإلا فبعضها بل أكثرها لاينبنى على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول : بمعنى أنه لايخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى أنه ماوضع الخ) أقول : أى اتصال ماوضع الخ ، فالمضاف مقدر (قوله وما وضع لا لأن يفصله الخ) أقول : يعنى واتصال ما وضع الخ (قوله لأن تناوله إياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول : لعل خلاصة الجواب أنه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه فى اليمين إذ هى للامتناع عن الشىء ، والبناء لايكون داعيا إلى اليمين فى أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار فى عرف الناس فليتأمل . ثم أقول : ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزءا من الدار فإنه ركن زائد لايتغير اسم الدار بتغيره ؛ ألا يرى أن من حلف لايكلم زيدا فكلمه بعد ماقطع يده ورجله يحنث مع كونهما داخلين فى زيد وإذا بيع دخل يده ورجله فى البيع كما لايخفى ، وهذا الكلام إجمالى، وأصل ماذكرنا فى كتب الأصول فى باب الأحكام (قوله إذا لم تكن داعية لايتقيد بها) أقول : لاينعقد بها فى العرف (قوله ولأن البناء متصل به : أى بالأرض على تأويل المكان) أقول : لم يتقدم ذكر الأرض ، والأولى أن يقال : أى بالعرصة ، نعم ماذكره صحيح فى قوله لأنه متصل به للقرار .

. . . .

هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها يحنث ، فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث ، وهذا لو أبطل التعليل الأول لايضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى . ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو فى المعينة فكأنه حلف على نفى الدخول فى هذا المكان . وتحقيقه أنه حلف لايدخل هذه التى تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول ، وتدخل البئر الكائنة فى الدار ، وإن كان عليها بكرة تدخل ، ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها إلا إن كان قال بمرافقها ، ويدخل البستان الذى فى الدار صغيرا كان أو كبيرا ، وإن كان خارج الدار لايدخل ، وإن كان له باب فى الدار قاله أبو سليمان ، وقال أبو جعفر : إن كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل ، وإن كان أكبر أومثلها لايدخل ،وقيل إن صغر دخل وإلا لا . وقيل يحكم الثمن . وفى المنتقى : اشترى حائطا يدخل ماتحته من الأرض ،وكذا ذكر فى التحفة من غير ذكر خلاف . وفى المحيط جعله قول محمد والحسن ، وقول أبى يوسف لا يدخل ، وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل لأنه جزء الحائط حقيقة ، ويدخل فى بيع الحمام القدور دون قصاعه ، وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الأرض فلا يدخل ، وإن قال بحقوقها . قلت : ينبغى أن تدخل كما إذا قال بمرافقها ، وأما الطريق ونحوه فسيأتى إن شاء الله تعالى فى باب الحقوق .

[فروع] باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام فى بيع البعير ، ولم يذكر فى شىء من الكتب ما إذا باع فرسا وعليه سرج ، قيل لايدخل إلا بالتنصيص أويحكم الثمن ؛ولو باع حمارا قال الإمام محمد بن الفضل : لايدخل الإكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ، ولم يفصل بين ما إذا كان موكفا أو غير موكف فى فتاوى قاضيخان وهو الظاهر ، فالإكاف فيه كالسرج فى الفرس . وقال غيره : يدخل الإكاف والبرذعة تحت البيع وإن كان غير موكف وقت البيع ، وإذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ماقلنا فى ثوب العبد والجارية ، ولا يدخل المقود فى بيع الحمار لأنه ينقاد دونه ، بخلاف الفرس والبعير وليتأمل فى هذا . باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوارى عورته ، فإن بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ، ولايكون للثياب قسط من الثمن ، حتى لو استحق الثوب أووجد بالثوب عيبا لايرجع على البائع بشىء ولا يرد عليه الثوب ؛ ولو هلك الثياب عند المشترى أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لأنه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن ، وعلى هذا ما ذكر فى الكافى من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما ربّ الأرض بإذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه ، فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن لأن النخل دخل تبعا فلا يقابله شىء من الثمن ، ثم الثمن كله لربّ الأرض لانتقاض البيع فى حق النخل ، والثمن كله بمقابلة الأصل وهو له دون التبع . ولو باع أتانا لها جحش أو بقرة لها عجول اختلف ، قيل يدخلان ، وقيل لايدخلان ،وقيل يدخل العجول دون الجحش . ولو باع عبدا له مال إن لم يذكر

. . . .

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه) لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء (ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتسمية) لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذى فيها

المال فى البيع فماله لمولاه، وإن باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع ، وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع ، وإن كان عينا جاز البيع إن لم يكن من الأثمان ، فإن كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثمن كذلك ، فإن كان الثمن أكثر جاز ، وإن كان مثله أو أقل لايجوز لأنه بيع للعبد بلا ثمن ؛ وإن كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد دنانير أو بالقلب جاز إذا تقابضا فى المجلس ؛ وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن ، وإن افترقا قبل القبض بطل العقد فى مال العبد . اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها مالا ؛ إن قال البائع هو لى كان له فيرد عليه لأنها وصلت إلى المشترى منه ، وإن قال ليس لى كان كاللقطة . ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل مافيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها اتصال قرار فأشبه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة ، فكان الحق دخول الكل ، خلافا لما قال بعض المشايخ إن غير المثمرة لاتدخل إلا بالذكر لأنها لاتغرس للقرار بل للقلع إذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم إن الصغيرة لاتدخل . وفى فتاوى قاضيخان : ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع ، إن كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع ، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهى للبائع إلا بشرط . نعم الشجرة اليابسة لاتدخل لأنها على شرف القلع فهى كحطب موضوع فيها ، ولا يدخل الشرب والطريق فى بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق ، وكذا فى الإقرار والصلح والوصية وغيرها ، ويدخلان فى الإجارة والرهن والوقف والقسمة لأنها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما ، بخلاف البيع فإنه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ، ولا يدخل الثمر الذى على رءوس الأشجار إلا بالشرط ، وما كان من الأوراق وأوراق الفرصاد والتوت لأنه بمنزلة الثمر ، ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة ، بخلاف مالو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة : تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف ؛ وكما يدخل فى البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية ، كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفارقين وسور القرية ، لأن السور يبقى على أصل الإباحة عند القسمة فلا يدخل فى البيع . وفى الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لايجوز من الخلاصة : باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود ؟ اختلف المشايخ ، واستثنى الحياض ، وفى المقبرة لابد من ذكر الحدود إلا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل) أى لفصل الآدمى إياها لانتفاعه بها (فشابه المتاع الذى فيه) أى فى المبيع ، فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة

(وإذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الأصح (وإن لم يسمه للاتصال فأشبه البناء ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل به للفصل فأشبه المتاع الموضوع فى الدار) ونوقض بالحمل فإنه متصل بالأم للفصل ويدخل فى بيع الأم . والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور ، فإن البشر ليس فى وسعه فصل الحمل عن الأم .

(ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع» ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع.

الحامل فإنه يدخل حملها فى البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى، وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به، وأيضا الأم وما فى بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية، بخلاف الزرع ليس مجانسا للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل، فبعد ذلك ينظر إن كان اتصاله للقرار كما فى الشجر كان متصلا للحال وفى ثانى الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية، وإن كان اتصالا للفصل فى ثانى الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل. فإن قيل: ينبغى أن يدخل لأن الاتصال قائم فى الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم. الجواب بأن الموجب للدخول إما شمول حقيقة المسمى فى البيع له أو تبعيته له، والتبعية بأن يكون مستقر الاتصال به لا بمجرد اتصاله الحالى مع أنه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول، والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع) لنفسه: أى يشترى الشجرة مع الثمرة التى فوقها، ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة فى كونها للبائع إلا بالشرط، ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع، وعند الشافعى ومالك وأحمد يشترط فى ثمر النخل التأبير، فإن لم تكن أبرت فهى للمشترى. والتأبير: التلقيح، وهو أن يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فإنه يصلح ثمر إناث النخل، لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وفى لفظ البخارى «من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع» وحاصله استدلال بمفهوم الصفة، فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجيته. وقد روى محمد رحمه الله فى شفعة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام «من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع» من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر، وهو الحديث الذى ذكره المصنف: وما قيل إن فى مرويهم تخصيص الشىء بالذكر فلا يدل على نفى الحكم عما عداه، إنما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا، ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضا يجب لأنه فى حادثة واحدة فى حكم واحد. والذى يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور فى الكتاب بقوله إنه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع، وهو قياس صحيح، وهم يقدمون القياس على المفهوم إذا تعارضا، وحينئذ فيجب أن يحمل الإبار على الإثمار لأنهم لا يؤخرونه عنه فكان الإبار علامة الإثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا: يعنى مثمرا. وما نقل عن ابن أبى ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشترى بعيد إذ يضاد الأحاديث المشهورة

قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع إلا) أن يقول المشترى اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم «من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل، لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه الصلاة والسلام «الثمرة للبائع إلا أن يشترط» ولم يذكر النخل. وقوله (ولأن الاتصال وإن كان خلقة) فيه إشارة إلى أن الاعتبار للحال الثانى والحال الأولى لافرق فيها بين أن يكون خلقة أو موضوعا

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول: فيه تأمل، فإن تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب

ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متاع . وقال الشافعي رحمه الله : يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد ، والمعتاد أن لايقطع كذلك وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفى الأرض زرع . قلنا : هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر ، وتسليم العوض كتسليم المعوض ،

(وإذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع ، وكذا إذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع (لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متاع . وقال الشافعي : يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لأن الواجب هو التسليم المعتاد) ولهذا لايجب فى الدار تسليمها فى الحال إذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين (وفى العادة لايقطع إلا بعد ما قلنا وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفى الأرض زرع) فإنه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض ، وإذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشترى بالانتفاع بملكه بلا عوض ، لأنه حين أقدم على الشراء والعادة ماذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ، ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد : جاء وقت حصاده . أجاب المصنف (بأن هناك) أى فى الإجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الأجرة فى التبقية لأن تسليم العوض تسليم المعوض ، ولابد فى تمامه من تسليم أن المعتاد فى الإجارة التبقية بالأجرة وعدم تسليم عين الأرض فى الحال ، وإلا لو لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الأجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه فى الحال وليس له ذلك ، فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ، ثم يقول هو فى البيع بتركه إلى ماذكرنا مجانا ، وفى الإجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا إلا أن يتم منع أنه معتاد فى البيع كذلك ، وإلا فإذا فرق بين البيع والإجارة بأن إقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه ، بخلاف المستأجر فإنه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الإجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالأجرة ، اتجه أن يقال : إنما يكون إقدامه على البيع رضا بالقطع فى الحال لو لم يكن التأخير إلى الصلاح معتادا ، أما إذا كان معتادا فلا ، وقد منعت العادة

(ويقال للبائع سلم المبيع) فارغا لوجوب ذلك عليه ، فيؤمر بتفريغ ملك المشترى عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي : يترك حتى يبدو صلاح الثمر ، ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد ، والمعتاد أن لايقطع) وقاسه على ما إذا انقضت مدة الإجارة وفى الأرض زرع فإنه يؤخر إلى الحصاد . والجواب أنا لانسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت البدو والاستحصاد ؛ سلمناه لكنه مشترك فإنهم قد يبيعون للقطع سلمناه ، ولكن الواجب ذلك مالم يعارضه مايسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهى إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشترى تفريغ ملكه وتسليمه إياه فارغا (قوله هناك) إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) فى صورة انقضاء مدة الإجارة أيضا (ولا يتركه إلا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لايقال : فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى ،

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول : أنت خبير بأنه لايظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم أن العرف فى أمثال ذلك عدم القطع إلى وقت البدو والاستحصاد فتأمل ، والله الموفق الرشاد (قال المصنف : قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض) أقول : لايقال الأجر عوض المنفعة لا الأرض فلا يتم التقريب لأن المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ماسيجىء .

ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن فى الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لأن بيعه يجوز فى أصح الروايتين على ماتبين فلا يدخل فى بيع الشجر من غير ذكر . وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع ،

المستمرة بذلك بل هى مشتركة ، فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع . والله أعلم . ثم هل تدخل أرض الشجر فى البيع ببيعها إن اشتراها للقطع ؟ لاتدخل بالإجماع ، وإن اشتراها بيعا مطلقا لاتدخل عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأن الأرض أصل والشجر تبع ، فلا ينقلب الأصل تبعا وهو قول الشافعى . وعند محمد وهو رواية عن أبى حنيفة وقول للشافعى : يدخل ماتحتها بقدر غلظ ساقها . وفى جمع النوازل والفتاوى الصغرى : هو المختار لأنه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الأرض ، وإلا فهو جذع وحطب فيدخل من الأرض مايتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها ، وقيل قدر ساقها ، وقيل بقدر ظلها عند الزوال . وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فعلى ما شرط . وقوله (ولا فرق) بين أن يكون له قيمة أو لا فى الصحيح احترازا عن قول البعض إنه إن لم يكن له قيمة يدخل ، والصحيح لايدخل فى الحالتين إن كان له قيمة أو لم تكن . وعلله أن بيعه يصح فى أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار ، وما يصح بيعه وليس للقرار لايدخل فى البيع تبعا لغيره . بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمتاع) هكذا أطلق المصنف ، وكذا أطلقه غير واحد . وقيده فى الذخيرة بما إذا لم يعفن . أما إذا عفن فهو للمشترى لأن العفن لايجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل فى بيع الأرض . واختار الفقيه أبو الليث أنه لايدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف . وفى فتاوى الفضلى كما فى الذخيرة قال : ولو عفن البذر فى الأرض فهو للمشترى وإلا فللبائع ، ولو سقاه المشترى حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشترى متطوع ؛ ولو باعها بعد مانبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لايدخل فيكون للبائع . وقيل يدخل ، ولم يرجح المصنف منها شيئا ورجح فى التجنيس قال فيه : قال الفقيه : لايدخل ؛ والصواب أنه يدخل ، نص عليه القدورى فى شرحه وفى شرح الإسبيجابى انتهى . وقول الفقيه أبى الليث هو قول أبى القاسم . وفى فتاوى قاضيخان : قال شيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : هذا إذا صار الزرع متقوما : أى لايدخل . فإن لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر ، قال : وإنما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوما انتهى . وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق

(ولافرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) فى كونه للبائع (فى الصحيح) وقيل إذا لم يكن له قيمة يدخل فى البيع ويكون للمشترى . وجه الصحيح أن بيعه منفردا يصح فى أصح الروايتين ، وما صح بيعه منفردا لايدخل فى بيع غيره إذا لم يكن موضوعا للقرار (قوله وأما إذا بيعت الأرض) يعنى معطوف على قوله ولا فرق : يعنى الثمر لايدخل فى البيع وإن لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فإنه لايدخل فى البيع لأنه مودع فيها كالمتاع) وذكر فى فتاوى الفضلى ذلك فيما إذا لم يعفن البذر فى الأرض ، وأما إذا عفن فيها فهو للمشترى وهذا لأن بيع العفن بانفراده لايصح فكان تابعا ؛

(قوله لايقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى) أقول : يعنى سيأتى من أنه يكون صفقة فى صفقة ، ثم قوله لما سيأتى فى جواب عن قوله لايقال الخ .

ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لايدخل فيه ، وقد قيل يدخل فيه . وكأن هذا بناء على الاختلاف فى جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما . ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا ، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه . أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لايدخل إلا بالتصريح به . قال (ومن باع ثمرة

المشايخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان : عدم الدخول مطلقا ، والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا . وكان المناسب أن يقول : تقوّم الأرض بلا ذلك الزرع وبه ، فإن زاد فالزائد قيمته . وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فإنما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشترى . ويعلله بأنه لايجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة . قال المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون : يعنى الاختلاف فى دخول الزرع الذى ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف فى جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لايجوز بيعه قال يدخل ، ومن قال يجوز قال لايدخل . ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه وعدمه ، فإن القول بعدم جواز بيعه وبدخوله فى البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه ، والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به فى ثانى الحال (قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعنى إذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لايدخل الزرع والثمر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق ، وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخلا أيضا لما ذكرنا بعينه ، ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا ، هذا فى المتصل بالأرض والشجر ؛ أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ، ولو قال بكل قليل وكثير هو له ما لم ينص عليه والمجدود بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى واحد : أى المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله ومن باع ثمرة

(ولو نبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم الصفار لايدخل . وقال أبو بكر الإسكاف يدخل . قال الشيخ (وكأن) وصحح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف فى جواز بيعه) يعنى فمن جوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ، ومن لم يجوزه جعله تابعا مشفرا كبعير شفته والجمع مشافر . والمنجل مايحصد به الزرع والجمع مناجل . قال (ولا يدخل الزرع والثمر) اعلم أن الألفاظ فى بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة : الأول أن يقول بعت الأرض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك . والثانى بعت بحقوقها ومرافقها . والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها . والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها . وفى الثانى والثالث لايدخل الزرع والثمر لأن الحق فى العادة يذكر لما هو تبع لابد للمبيع منه كالطريق والشرب . والمرافق مايرتفق به وهو مختص بالتوابع كسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان . وفى الرابع يدخلان لعموم اللفظ ، هذا إذا كان فى الأرض أو على الشجر ، وأما إذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لايدخلان إلا بالتصريح به . قال (ومن باع ثمرة

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول : أراد الإتقانى (قوله يذكر لما هو تبع) أقول : أى للمبيع .

لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لأنه مال متقوم ، إما لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الثانى ، وقد قيل لايجوز قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح (وعلى المشترى قطعها فى الحال) تفريغا لملك البائع ، وهذا

لم يبد صلاحها) لاخلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ، ولا فى عدم جوازه بعد الظهور قبل بدوّ الصلاح بشرط الترك ، ولا فى جوازه قبل بدوّ الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا فى الجواز بعد بدوّ الصلاح ، لكن بدوّ الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد . وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدوّ الحلاوة ، والخلاف إنما هو فى بيعها قبل بدوّ الصلاح على الخلاف فى معناه لابشرط القطع ؛ فعند مالك والشافعى وأحمد لايجوز ؛ وعندنا إن كان بحال لاينتفع به فى الأكل ولا فى علف الدوابّ خلاف بين المشايخ ، قيل لايجوز ، ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا ، والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به فى ثانى الحال إن لم يكن منتفعا به فى الحال ، وقد أشار محمد فى كتاب الزكاة إلى جوازه ، فإنه قال : لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى ، فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشترى ، وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على إذن البائع على ماذكرنا من قريب وإلا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه ، والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثرى أول ماتخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للأوراق كأنه ورق كله ، وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدوابّ فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا ، ويجب قطعه على المشترى فى الحال ، فإن باعه بشرط الترك فإن لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل ، وإن كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو القياس . ويجوز عند محمد استحسانا ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، واختاره الطحاوى لعموم البلوى . وفى المنتقى : ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قولهما فى الصورتين

لم يبد صلاحها) بيع الثمر على الشجر لايخلو إما أن يكون قبل الظهور أو بعده ، والأول لايجوز ، والثانى جائز بدا صلاحها بصلاحها لانتفاع بنى آدم أو علف الدوابّ ، أولم يبد لأنه مال متقوّم لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الزمان الثانى فصار كبيع الجحش والمهر . وذكر شمس الأئمة السرخسى وشيخ الإسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لايجوز لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، ولأن البيع يختص بمال متقوم ، والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك . قال الشيخ : والأول أصح : يعنى رواية ودراية ، أما الأولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله فى باب العشر ، ولو باع الثمار فى أول ماتطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى ، فلولم يكن الشراء جائزا فى أول ماتطلع لما وجب العشر على المشترى . وأما الثانية فلأنه مال متقوم فى الزمان الثانى ، ونفى جوازه مفض إلى نفى جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق . والجواب عن الحديث أن تأويله إذا باعه بشرط الترك أو أن المراد به النهى عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم ، وإذا جاز البيع وجب على المشترى قطعها فى الحال تفريغا لملك البائع . قوله (وهذا) إشارة إلى الجواز :

(قوله وأما الثانية ، إلى قوله : يفضى إلى نفى جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق) أقول : إنما يستقيم القياس أن لو جاز تركه إلى الزمان الثانى كما فى المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث إذا باعه بشرط الترك) أقول : فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك فى الأغلب يكون فيه (قوله وإنما يتوهم هذا) أقول : أى إذهاب الله الثمرة .

إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع) لأنه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أوهو صفقة فى صفقة وهو إعارة أو إجارة فى بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا ، واستحسنه محمد رحمه الله للعادة ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر. ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الفضل ، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة ، وإن تركها بعد ماتناهى عظمها لم يتصدق بشىء

(أنه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أوهو صفقة فى صفقة) لأنه إن شرط بلا أجرة فشرط إعارة فى البيع أو بأجرة فشرط إجارة فيه ، ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك. وجه قول محمد فى المتناهى الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا التعامل، كذلك فيما تناهى عظمه فهوشرط يقتضيه العقد، وهذا دعوى الشافعى فيما تناهى عظمه وما لم يتناه أنه يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الجذاذ . ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الأجزاء التى تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم . ولا يخفى أن الوجه لايتم فى الفرق لمحمد إلا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه ، إذ القياس عدم الصحة للشرط الذى لايقتضيه العقد فى المتناهى وغيره خرج منه المتناهى للتعامل ، فكون مالم يتناه على أصل القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ، ولو باع مالم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه ، فإما بإذن البائع إذنا مجردا ، أو بإذن فى ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك ، أو بلا إذن ، ففى الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل ، أما فى الإذن المجرد فظاهر ، وأما فى الإجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف فى إجارة الأشجار والحاجة ، فإن الحاجة ليست بمتعينة فى ذلك ، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار ، وهنا يمكن أن يشترى الثمار مع أصولها فيتركها عليها . ولايخفى ما فى هذا من العسر فإنه يستدعى شراء مالاحاجة له إليه أو مالا يقدر على ثمنه ، وقد لايوافقه البائع على بيع الأشجار ، فالأول أولى ، وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل فى إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز ، وكذا لو استأجر أشجارا ليجفف عليها ثيابه لايجوز ذكره الكرخى . وإذا بطلت بقى الأذن معتبرا فيطيب ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لايطيب له الفضل لأن الإجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز إجارتها ، وإنما فسدت لجهالة الأجل فأورث خبثا . أما هنا الإجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الإذن فطاب ، أما الفاسد فله وجود فكان الإذن ثابتا فى ضمنه باعتباره فمنع ، وهنا صار الإذن مستقلا بنفسه ، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل فى دار الإسلام إن كان جاهلا

أى للجواز إذا (اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) أما إذا قال اشتريته على أنى أتركه على النخل فقد فسد البيع لأنه شرط لايقتضيه العقد لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير ، أو أن فى هذا البيع صفقة فى صفقة لأنه إعارة فى بيع أو إجارة فيه ، لأن تركها على النخل إما أن يكون بأجر أو غيره ، والثانى إعارة والأول إجارة وذلك منهى عنه ، وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إعارة الأشجار أو إجارتها وليس كذلك ، نعم هو إنما يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك ، فإن

(قوله فقد فسد البيع ، إلى قوله : لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه) أقول : أنت خبير بأن شرط الترك على النخيل لاينافى تسليم المعقود عليه على ماسيجىء فى مسئلة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية ، ففى تقريره ركاكة لاتخفى، وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل ، إلى قوله : وليس كذلك) أقول : إعارة الأشجار ينبغى أن تجوز ، ويدل عليه مانقله العلامة الكاكى عن الجامع الأصغر فراجعه .

لأن هذا تغير حالة لاتحقق زيادة ،وإن اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الإذن معتبرا ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لايطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ؛

ببطلان الإجارة . وفي الثالثة لايطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة ، أما إذا باع ماتناهى عظمه فتركه المشترى بغير إذن البائع فإنه لا يتصدق بشيء لأنه لم يزدد في ذاتها شيء ، وهذا قول المصنف (لأن هذا تغير حالة لاتحقق زيادة) أى تغير من وصف إلى آخر بواسطة إنضاج الشمس عليه . نعم عليه إثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة بإثبات خبث فيها . وجه قول الشافعي وباقى الأئمة في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وعن بيع النخل حتى تزهو . قيل : وما تزهو؟ قال : تحمارّ أو تصفارّ » وأخرج البخارى في الزكاة عن ابن عمر « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها . وكان إذا سئل عن صلاحها قال : حتى تذهب عاهتها » وأخرج أبو داود

فإن إعارتها وإجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة ، هذا إذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وهو القياس لأن شرط الترك مما لايقتضيه العقد ، وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال : لايفسد البيع لتعارف الناس بذلك ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعلوم وهو الذى يزيد لمعنى في الأرض أو الشجر . والجواب أنا لانسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الإذن في تركه بلا شرط في العقد ؛ ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها ، فإن كان بإذن البائع طاب له الفضل ، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته بأن يقوّم ذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل ما بينهما ، لأن مازاد حصل بجهة محظورة وهى حصولها بقوة الأرض المغصوبة . وإذا تركها بغير إذنه بعد ما تناهى لم يتصدّق بشيء لأن هذا تغير حالة من النيء إلى النضج لاتحقق زيادة في الجسم ، فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لايزداد فيها من ملك البائع بغير إذنه شيء ، بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم ، وإن اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لبطلان إجارة النخيل لعدم التعارف ، فإن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار ، ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص سواها ، وهاهنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها على ماسنذكره . وإذا بطلت الإجارة بقى الإذن معتبرا فيطيب له الفضل . فإن قيل : لانسلم بقاء الإذن فإنه ثبت في ضمن الإجارة ، وفى بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثانية في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن . أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذى لاتحقق له أصلا ولا وصفا شرعا على ماعرف ، والمعدوم لايتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه ، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبرا ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك الزرع وتركه حيث لايطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع ، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد ، والفاسد ماله تحقق من حيث

(قوله وهاهنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها الخ) أقول : إنما يمكن للمشترى ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشترى من النقود إلى مقدار قيمته ويكون له غرض فى أصولها وليس كذلك ، ولا يشبه ثمار الأشجار بالباذنجان والبطيخ كما لايخفى . ثم أقول : وصح ماذكره لم تصح الإجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ماتقل عن أبى الليث السمرقندى رحمه الله تعالى .

ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لايمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز .

والترمذي و ابن ماجه عن أنس «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » قال الترمذي : الحديث حسن غريب لانعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة . ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم . ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى نخلا قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، فجعله للمشتري بالشرط ، فدل على جواز بيعه مطلقا لأنه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه . وفي موطإ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت « ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله ، فحلف لايفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال : يأبى أن لايفعل خيرا ، فسمع بذلك رب الحائط فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو له » ولولا صحة البيع لم تترتب الإقالة عليه . أما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره ، فإنهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع ، وهذه معارضة صريحة لمنطوقه ، فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر ، وهو لايحل إن لم يكن لموجب ، وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم « أرأيت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه » فإنه يستلزم أن معناه أنه نهى عن بيعها مدركة ، قبل الإدراك ومزهية قبل الزهو . وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر ، وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة ، فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها ، وذلك لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع ، فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لايكون عنبا قبل السواد يفيده فإنه قبله حصرم ، فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا ، وذلك لايكون إلا بشرط الترك إلى أن يبدو الصلاح ، ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه » فالمعنى إذا بعتموه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك إلى أن يصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم يصر عنبا بم يستحل أحدكم » يعني البائع مال أخيه المشتري ، والبيع بشرط القطع لايتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي ، وإذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي ، فإنا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه ، فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث ، وحينئذ فالحديث المذكور لنا فيها : أعني حديث التأبير سالم عن المعارض ، وكذلك المعنى وهو أنه مبيع منتفع به في الحال أو في ثاني الحال إلى آخره ، وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التأبير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح ، وأن الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لأنه مانع وحديثنا مبيح بل لايتناول أحدهما ما يتناول الآخر . والحاصل أن بيع مالم يبد صلاحها إما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لأنه غير متناول للنهي لما ذكرنا ، وإما مطلقا فإذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي إلا بيعها بشرط الترك ، ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لايمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبه هلاكه

الأصل فأمكن أن يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن ؛ وإذا انتفى الإذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق . ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فإن كان قبل القبض : يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لأنه لايمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز ، وإن

ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره لأنه فى يده ، وكذا فى الباذنجان والبطيخ ، والمخلص أن يشترى الأصول لتحصل الزيادة على ملكه ، قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها ، أرطالا معلومة) خلافا لمالك رحمه الله لأن الباقى بعد الاستثناء مجهول ،

قبل التسليم (ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره) مع يمينه (لأنه فى يده وكذا فى) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا لما ذكرنا . وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل ، وزعم أنه مروى عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الإمام الفضلى وكان يقول : الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه : اجعل الموجود أصلا فى العقد ومايحدث بعد ذلك تبعا. وقال : استحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس من عادتهم حرج ، وقد رأيت رواية فى نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله. (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشترى) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون مايحدث (على ملكه) وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقى الثمن . وفى ثمار الأشجار يشترى الموجود ويحل له البائع مايوجد ، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث فى الإذن فى ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشترى على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذونا فى الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة خلافا لمالك) أجازه قياسا على استثناء شجرة معينة . قلنا : قياس مع

كان بعد القبض لم يفسد البيع لأن التسليم قد وجد وحدث ملك للبائع واختلط بملك المشترى فيشتركان فيه للاختلاط ، والقول فى مقدار الزائد قول المشترى لأن المبيع فى يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب ؛ وكان شمس الأئمة الحلوانى يفتى بجوازه ويزعم أنه مروى عن أصحابنا . وحكى عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله أنه كان يفتى بجوازه ويقول اجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر (قوله وكذا فى الباذنجان والبطيخ) يعنى أن البيع لايجوز إذا حدث شىء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أى الحيلة فى جوازه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشترى الأصول لتحصل الزيادة على ملكه ، ولهذا قال شمس الأئمة السرخسى : إنما يجوز بجعل الموجود أصلا والحادث تبعا إذا كان ثمة ضرورة ، ولا ضرورة هاهنا لاندفاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أرطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رءوس النخيل أو ثمرة مجذوذة ، وذكر فى فى بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ماكان على النخيل . وأما بيع المجذوذ فجائز ، وهو مخالف لما ذكر فى شرح الطحاوى فإنه قال : إذا باع الثمر على رءوس النخيل إلا صاعا منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم ، كما إذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الأرض فباع الكل إلا صاعا يجوز ، وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء ، واستدل بقوله (لأن الباقى بعد الاستثناء مجهول) والمجهول لايرد عليه العقد ، وهذا يدل أيضا على أن الحكم فيهما سواء

(قوله وكان شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى يفتى بجوازه) أقول : فى الصورة الأولى أيضا (قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول : فيه بحث ، فإن اللازم منه أن من قال بالأول قال بالثانى والعكس ليس بلازم .

بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معينا لأن الباقى معلوم بالمشاهدة . قال رضى الله عنه : قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى ؛ أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد ، وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه ، بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان ، لأنه لايجوز بيعه ، فكذا استثناؤه

الفارق ، لأن الباقى بعد إخراج المستثنى غير مشار إليه ، ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا ، بخلاف الباقى بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة (قالوا : هذه رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه وهو قول الطحاوى والشافعى وأحمد رحمهم الله . وعلى ماذكرنا من التعليل لايرد ماقيل ينبغى أن يجوز البيع على كل حال لأنه إن بقى شىء بعد إخراج المستثنى فظاهر ، وإن لم يبق شىء يكون الاستثناء باطلا لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لأن ورود هذا على التعليل يجوز أن لايبقى بعد الاستثناء شىء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وإن ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق أنه بقى مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك فى الحال هى المفسدة . قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل) من الجارية الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لايجوز) كما إذا باع هذه الشاة إلا إليتها وهذا العبد إلا يده فيصير مشتركا متميزا ، بخلاف مالو كان مشتركا على الشيوع فإنه جائز ، وإنما قال ينبغى لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به فى ظاهر الرواية

(بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينا لأن الباقى معلوم بالمشاهدة) كم هى نخلة . قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى)) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ماكانت مفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة . وأجيب بأنا لانسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من التمر أحسن مايكون والمشترى يدفع إليه ما هو أردأ التمر فيفضى إلى النزاع . سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شىء منه قد لايكون التمر إلا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح ، كما لايصح مثله فى المضاربة بهذا المعنى ، وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى هذا قوله أرطالا معلومة . ورد بأنه لو كان المستثنى صاعا واحدا أو رطلا واحدا فالحكم كذلك ، وبأنه لايخلو إما أنه بقى شىء بعد الاستثناء أولا ، وكل من التقديرين يقتضى صحة العقد ؛ أما الأول فلأن الباقى بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما ، سلمنا أن الباقى غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع فى الباقى مجازفة وهو معلوم مشاهدة . وأما الثانى فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع . وأجيب بأن هذا باعتبار المآل ، وأما فى الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شىء أو لا فصار مجهولا ، وفيه نظر لأنها ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ، ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية ، فإن حكم هذه المسئلة لم يذكر فى ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال : ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن مايجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه ، وينعكس إلى أن مالا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لايجوز استثناؤه ، وفى بيع أطراف الحيوان فيه وحمله لايرد عليه العقد بانفراده فكذا لايجوز استثناؤه ، وهذا لأن الاستثناء يقتضى أن يكون المستثنى مقصودا معلوما ، وإفراد العقد يقتضى أن يكون المعقود

(قوله فيبطل الاستثناء) أقول : فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن مالا يجوز الخ) أقول : ليس ماذكره عكس تلك القضية .

(ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره) وكذا الأرز والسمسم . وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الأول عنده . وله فى بيع السنبلة قولان ، وعندنا يجوز ذلك كله . له أن المعقود عليه مستور بما لامنفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه .

وهو أن كل ماجاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقى مبيعا إلا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبى حنيفة فى بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار وإن لم يفض إلى المنازعة . فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن مالم يفض إليها يصح معها بل لابد مع عدم المفضية إلى المنازعة فى الصحة من كون البيع على حدود الشرع ؛ ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لايقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا . وأما ما قيل فى توجيه المنع لعل المبيع لايبلغ إلا تلك الأرطال فبعيد إذ المشاهدة تفيد كون تلك الأرطال لاتستغرق الكل ، وإلا فلا يرضى المشترى حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره ، وكذا الأرز والسمسم . وقال الشافعى : لايجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الأول عنده . وله) فى بيع الحنطة (فى السنبل قولان) ، وأجاز بيع الشعير والذرة فى سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله . له أن المعقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لامنفعة عليه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لامنفعة فيه ، والمعول فى الاستدلال

عليه مقصودا معلوما فتشاركا فى القصد والعلم ، فما جاز أن يقع معقودا عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس . وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزا منها بدرهم صح فى جميع الصبرة إلا فى قفيز لأنه استثنى مايجوز إفراده بالعقد عليه . وأما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لأنه استثنى مالا يجوز إفراد العقد عليه ؛ ولو قال إلا هذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراد العقد عليه فيجوز استثناؤه ، وكذا الحكم فى جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد ، بخلاف الكيلى والوزنى والعددى المتقارب فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لاتفضى إلى المنازعة . قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فإنه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على أن لى هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لايجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى . وأجيب بأن فى الاستثناء المستثنى لم يدخل فى المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف فى الأصول فلم يكن إفرادها إخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه ، وأما فى الشرط فلأن الشاة دخلت أولا فى الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهى مجهولة فيفسد البيع فى الكل ، ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد إلا عشرة فإنه صحيح فى تسعة أعشاره ، ولو قال على أن لى عشره لم يصح . قيل ولقائل أن يقول : سلمنا أن إيراد العقد على الأرطال المعلومة واستثناؤها جائز لكن لانسلم جواز بيع الباقى وهو مجهول . والجواب أنا لانسلم أن الباقى مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوما لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن فيكون البيع فى الباقى مجازفة وهى لاتحتاج إلى معرفة مقدار المبيع . قال (ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها) بيع الشىء فى غلافه لايجوز إلا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء (والأرز والسمسم . وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز واللوز والفستق فى قشره فى قوله الأول) وكذا بيع الحنطة فى قوله الجديد ، واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لامنفعة له ، والعقد فى مثله لايصح كما إذا بيع تراب الصاغة بمثله .

(قوله واستثناؤها جائز لكن لانسلم) أقول : فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لامعنى للمنع فتأمل .

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه فى سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما ، بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لايجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز ، وفى مسئلتنا لو باعه بجنسه لايجوز أيضا لشبهة الربا لأنه لايدرى قدر ما فى السنابل .

نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، وفى هذا غرر فإنه لايدرى قدر الحنطة الكائنة فى السنابل ، والمبيع ما أريد به إلا الحب لا السنابل فرجع إلى جهالة قدر المبيع ، وألزم على هذا أن لايجوز بيع اللوز ونحوه فى قشره الثانى لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض») رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة. ويقال زها النخل والتمر يزهو وأزهى يزهى لغة ، فى الاشتقاق من الزهو لغتان . وأنكر الأصمعى الرباعية يزهى كما نقل الزمخشرى عن الغير إنكار يزهو الثلاثية . لايقال : أنتم لم تعملوا بصدر الحديث . لأنا نقول : قد بينا أنا عاملون وأن الاتفاق على انحطاط النهى على بيعها بشرط الترك إلى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير فى سنبله) بخلاف بيعه بمثله فى سنبل الحنطة لاحتمال الربا ، أما أنه مال متقوم فظاهر ، وأما أنه معلوم فلأنه مشار إليه وبالإشارة كفاية فى التعريف ، إذ المانع من رؤية عينها لايخل بدرك قدره فى الجملة، وليس معرفته على التحرير شرطا وإلا امتنع بيع الصبرة المشاهدة . وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع ما فى هذا القطن من الحب وما فى هذا التمر من النوى فإنه لايجوز مع أنه أيضا فى غلافه . أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدما هالكا فى العرف ، فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب إليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فإنه إنما لايجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز ، وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة والإلية والأكارع والجلد فيها والدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والعصير فى العنب ونحو ذلك حيث لايجوز لأن كل ذلك منعدم فى العرف . لايقال : هذا عصير وزيت فى محله ،

ولنا ما روى ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها ، وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية والأولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهى يقتضى المشروعية كما عرف (قوله ولأنه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لامنفعة له . وتقريره : لانسلم أنه لامنفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ، ومن أكل الفولية شهد بذلك وأن الحبوب المذكورة تدخر فى قشرها ، قال الله تعالى - فذروه فى سنبله - وهو انتفاع لامحالة ، فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما . وبيع تراب الصاغة إنما لايجوز إذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه جاز . وفى مسئلتنا لو بيع بجنسه لايجوز أيضا لشبهة الربا لجهالة قدر ما فى السنبلة ، فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه وهما سيان فى كون المبيع مغلفا ؟ أجيب بأن الغالب فى السنبلة الحنطة ، يقال هذه حنطة وهى فى سنبلها ولا يقال

(قوله وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية) أقول : فى نظره نظر ان (قوله والأولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول : فيه بحث ، فإن فى الاستدلال ما ذكره اعترافا بفساد العقد .

(ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها) لأنه يدخل فيه الإغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لاينتفع به بدونه. قال (وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكايلة، وكذا أجرة الوزان والزراع والعدّاد، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم؛ ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده، وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه. قال (وأجرة وزان الثمن على المشترى لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم.

وكذا الباقى. واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشترى بعد الاستخراج فى ذلك كله لأنه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها) المراد بالغلق ماتسميه ضبة، وهذا إذا كانت مركبة لأنها تركب للبقاء لا إذا كانت موضوعة فى الدار ولهذا لاتدخل الأقفال فى بيع الحوانيت لأنها لاتركب، وإنما تدخل الألواح وإن كانت منفصلة لأنها فى العرف كالأبواب المركبة، والمراد بهذه الألواح ماتسمى فى عرفنا بمصر دراريب الدكان، وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معوّل عليه (وقوله لأنه لاينتفع بها إلا به) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها، بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها، ولذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما فى الإجارة أدخلنا الطريق.

[فرع] يناسب مانحن فيه من حيث أنه يتناوله البيع بلا تنصيص من المسالك عليه وإن كان فى معنى آخر شترى ما يتسارع إليه الفساد ولم يقبضه المشترى ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشترى الثانى أن يشتريه وإن كان يعلم بالحال، لأن المشترى الأول رضى بهذا ففسخ دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشترى أن يشتريه، وإنما كتبتها لأنها كثيرا ماتقع فى الأسواق (قوله وأجرة الكيال ووزان المبيع وذرّاعه وعادّه) إن كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العدّ (على البائع) لأن عليه إيفاء المبيع ولا يتحقق ذلك إلا بكيله ووزنه ونحوه، ولأن بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره، ومعلوم أن الحاجة إلى هذه إذا باع مكايلة

هذا حب وهو فى القطن، وإنما يقال هذا قطن وكذلك فى التمر إليه أشار أبو يوسف رحمه الله. قال (ومن باع دارا الخ) الإغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو مايغلق ويفتح بالمفتاح إذا باع دارا دخل فى البيع أغلاقها بناء على ماتقدم أن ماكان موضوعا فيه للقرار كان داخلا، والأغلاق كذلك لأنها مركبة فيها للبقاء، والمفتاح يدخل فى بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزء منه إذ لاينتفع به بدونه، والداخل فى الداخل فى الشيء داخل فى ذلك الشيء. فإن قيل: عدم الانتفاع بدون شيء لايستلزم دخوله فى بيعه فإن الانتفاع بالدار لايمكن إلا بطريق ولايدخل فى بيع الدار. فالجواب أن الداخل فى الداخل فى الشيء داخل لامحالة، وقوله الانتفاع بالدار لايمكن إلا بالطريق قلنا: الانتفاع بها لايمكن إلا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى، والأول ممنوع فإنه يحتمل أن يكون مراد المشترى أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لامحالة، والثانى مسلم ولهذا دخل الطريق فى الإجارة ولكن

(قوله والداخل فى الداخل) أقول: كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثانى مسلم الخ) أقول: ولعل مثل هذا الترديد جائز فى المتنازع فيه فتأمل.

قال (ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا) لأن حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لايتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة .

أو موازنة ونحوه إذ لايحتاج إلى ذلك فى المجازفة ، وأجرة وزان الثمن على المشترى باتفاق الأئمة الأربعة لأنه يحتاج إلى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه ، وأما أجرة ناقد الثمن فاختلاف الرواة والمشايخ ، فروى ابن رستم عن محمد أنه على البائع وهو المذكور فى المختصر . ووجهه أن النقد يحتاج إليه بعد التسليم وحينئذ يكون فى يد البائع وهو المحتاج إليه لاحتياجه إلى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه . وروى ابن سماعة عنه أنه على المشترى ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج إليه . وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما فى الثمن أنه على المشترى إلا إذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين . وفى الخلاصة : الصحيح أنه على المشترى ، وكذا قال القدورى إنه على المشترى إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة . قال : واختار فى الواقعات أنه على المشترى . وفى باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها فى وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار . وفى المنتقى : إخراج الطعام من السفن على المشترى ، ولو اشترى حنطة فى سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها إلى المشترى وهو المختار وقطع العنب المشترى جزافا على المشترى ، وكذا كل شىء باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينها وبين المشترى ، وكذا قطع الثمر : يعنى إذا خلى البائع بينها وبين المشترى ، الكل من الخلاصة (قوله ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا لأن حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لأنه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنها لاتتعين بالتعيين) فى البيع فلابد من تقدم قبضها ليتساويا ، ولو كان المبيع غائبا لايلزم المشترى دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقى من ثمنه درهم واحد ، ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ بالثمن كفيلا أو رهن المشترى به رهنا ، أما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس ، وكذا إذا أحال المشترى البائع به عند أبى يوسف . وعن محمد فيه روايتان : فى رواية كقول أبى يوسف ، وفى رواية إذا أحال البائع به رجلا سقط ، وإذا أحال المشترى البائع به لايسقط ، ومالم يسلم المبيع هو فى ضمان البائع فى جميع زمان حبسه ، فلو هلك فى يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بأن كان حيوانا فقتل نفسه أو بأمر سماوى بطل البيع ، فإن كان قبض الثمن أعاده إلى المشترى ، وإن كان بفعل المشترى فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشترى ، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه

ليس الكلام فى ذلك ، والقفل ومفتاحه لايدخلان والسلم إن اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل ، وإن لم يتصل لايدخل . قال : وأجرة الكيال وناقد الثمن إذا باع المكيل مكايلة أو الموزون موازنة أو المعدود عددا واحتاج إلى أجرة الكيال والوزان والعداد فهى على البائع لأن التسليم واجب عليه وهو لايحصل إلا بهذه الأفعال ، ومالايتم الواجب إلا به فهو واجب . وأما أجرة ناقد الثمن ففى رواية ابن رستم عن محمد هى على البائع ، وهو المذكور فى المختصر ، وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى . وجه الأولى أن النقد يكون بعد التسليم لأنه إنما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج إلى النقد ليميز ماتعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده . ووجه الثانية أن المشترى هو المحتاج إلى تسليم الجيد المقدر ، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشترى لأنه المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم .

قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا) لاستوائهما في التعين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع.

ضمان مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا، وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلي المثل وإلا فالقيمة؛ فإن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له، وإن كان من خلافه طاب، وإن شاء اختار البيع وأتبع الجاني في الضمان فإن له ذلك وعليه الثمن للبائع، فإن كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في تعين حق كل منهما) قبل التسليم، فإيجاب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة. في التجريد: تسليم المبيع أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن. وفي الأجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان: أن يقول خليت بينك وبين المبيع، وأن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع، وأن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره. وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول: القبض أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته، فإن أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا، وإن كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش فخطا معه فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجته. وفي الثوب إن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض، وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية. ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض، وإن دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا. ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها إليك وقال قبضتها لم يكن قبضا، وإن كانت قريبة كان قبضا، وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها، وما لا يقدر على إغلاقها فهي بعيدة. وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وإن كان المبيع يبعد عنهما. وقال الحلواني: ذكر في النوادر إذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري إن كان يقرب منها يصير قابضا أو يبعد لا يصير قابضا. قال والناس عنه غافلون، فإنهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض. وفي جامع شمس الأئمة: يصح القبض وإن كان العقار غائبا عنهما عند أبي حنيفة خلافا لهما. وفي جمع النوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير تكلف، وكذا إذا اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب واقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضا. ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض. ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان: إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح. ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض

قال: (ومن باع سلعة) بيع السلعة معجلا إما أن يكون بثمن أو بسلعة، فإن كان الأول يقال للمشتري ادفع الثمن أولا لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعين حق كل واحد منهما، وفي المالية أيضا لأن الدين أنقص من العين، وعلى هذا إذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه، وإن كان الثاني يقال لهما سلما لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج إلى تقديم أحدهما بالدفع، والله أعلم بالصواب.

(باب خيار الشرط)

قال : (خيار الشرط جائز فى البيع للبائع والمشترى ،

فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لايصح التسليم ، وإن فتحه المشترى فطار صح التسليم لأنه يمكنه التسليم بأن يحتاط فى الفتح . ولو اشترى فرسا فى حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشترى الباب فذهب الفرس إن أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسئلة الطير ، وفى مكان آخر من غير عون ولا حبل. ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشترى احملنى معك فحمله فعطبت هلكت على المشترى . قال القاضى الإمام: هذا إذا لم يكن على الدابة سرج ، فإن كان عليها سرج وركب المشترى فى السرج يكون قابضا وإلا فلا ، ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لايصير قابضا كما إذا باع الدار والبائع والمشترى فيها معا .

(باب خيار الشرط)

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين فى البدلين ، والأصل أن لايتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الأصل . ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التى تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار ، وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لاحكما ، وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما ، وقد عرف ذلك من اصطلاحهم فى الأصول . والموانع خمسة أقسام : مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع فى الحر لأنها لاتنعقد إلا فى محلها ، ومحل البيع المال والحرّ ليس بمال ، فلا وجود للبيع أصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمى بعد القصد إليه . ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف إلى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمى حائطا فرده عن سننه . ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه . ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشترى . ومانع يمنع لزومه كخيار العيب وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة وهى إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط ، وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا فى الحكم مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الإمكان ، وذلك لأن عمله إثبات الحظر فى ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقللنا شبهه . ولقائل أن يقول : القمار ماحرم لمعنى الحظر ، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك ، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلانى فى ورقة مثلا سببا للملك ، والحظر طرد فى ذلك لا أثر له . نعم يتجه أن يقال اعتبرناه فى الحكم تقليلا، بخلاف الأصل ، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر فى المبيع ، وهذا فى أن الملك هل يثبت أولا (قوله خيار الشرط جائز فى البيع للبائع والمشترى

(باب خيار الشرط)

قال (خيار الشرط جائز البيع ، تارة يكون لازما وأخرى غير لازم) واللازم مالا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم مافيه الخيار ، ولما كان اللازم أقوى فى كونه بيعا قدمه على غيره ، ثم قدم خيار الشرط على سائر

(باب خيار الشرط)

(قوله ولما كان اللازم أقوى فى كونه بيعا قدمه على غيره) أقول : فإن قيل : ماقدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للازم وغيره . قلنا : يكفى فى التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل .

ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والأصل فيه ماروى : أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات ، فقال له النبىّ عليه الصلاة والسلام « إذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام »

ولهما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف : أى فى ثلاثة وبرفعها على أنه خبر مبتدإ محذوف : أى هو ثلاثة أيام . ثم فى فتاوى قاضيخان : إذا شرط الخيار لهما لايثبت حكم العقد أصلا ويثبت الخيار فى البيع الفاسد كالصحيح (قوله والأصل فيه ما روى « أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات ») الحديث . روى الحاكم فى المستدرك من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر قال : « كان حبان بن منقذ ابن عمرو رجلا ضعيفا ، وكان قد أصابته فى رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه ، وكان قد ثقل لسانه ، فقال له النبىّ صلى الله عليه وسلم : بع وقل لا خلابة » وكان يشترى الشىء فيجىء به إلى أهله فيقولون له هذا غال فيقول : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرنى فى بيعى ، وسكت عليه . وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمعجمة . ورواه الشافعى من طريق محمد بن إسحاق قال : أخبرنا سفيان عن محمد بن إسحاق به ، ثم قال الشافعى رحمه الله : والأصل فى بيع الخيار أنه فاسد ، ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المصراة خيار ثلاثة أيام فى البيع . وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم . وأخرجه البيهقى فى سننه عن ابن عمر : « سمعت رجلا من الأنصار يشكو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن فى البيوع ، فقال له : إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » قال ابن إسحاق : فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى منقذ بن عمرو وقد أصيب فى رأسه وكان يغبن فى البيع ، فذكر نحوه . ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى منقذ

الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ، ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ، ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم ، وإنما كان عمله فى منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لايدخل فى البيع لكونه فى معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بدّ من العمل به فأظهرنا عمله فى منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الإمكان لأن دخوله فى السبب مستلزم الدخول فى الحكم دون العكس ، وهو على أنواع : فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشتريت على أنى بالخيار أو على أنى بالخيار أياما أو على أنى بالخيار أبدا . وجائز بالاتفاق وهو أن يقول على أنى بالخيار ثلاثة أيام فما دونها . ومختلف فيه وهو أن يقول على أنى بالخيار شهرا أو شهرين ، فإنه فاسد عند أبى حنيفة وزفر والشافعى ، جائز عند أبى يوسف ومحمد سواء كان لأحد العاقدين أو لهما جميعا أو شرط أحدهما الخيار لغيره . وجه قول أبى حنيفة فى الخلافية ماروى : أن حبان بن منقذ كان يغبن فى البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام » والخلابة : الخداع . ووجه الاستدلال أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ، وكل ما هو كذلك فهو مفسد إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه . فإن قيل : كيف جاز للبائع والمذكور فى النص هو المشترى فكما عديتم فيمن له الخيار فليتعد فى مدته . فالجواب أن فى النص إشارة إلى ذلك وهو لفظ المفاعلة ، ولأن البائع فى معنى المشترى فى معنى المناط فيلحق به دلالة ، وكثير المدة ليس كقليلها لأن معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد . ولهما حديث ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز الخيار إلى شهرين » ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل فى الثمن ، فإنه

(ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي . وقالا (يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما « أنه أجاز الخيار إلى شهرين») ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروّى ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن .

ابن عمرو وكان قد أصابه آمة في رأسه فكسرت لسانه ، وكان لايدع على ذلك التجارة وكان لايزال يغبن ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له . الحديث . وهو يقتضي أن المقول له منقذ بن عمرو ، لاحبان ابنه ، ولا شك أن هذا منقطع ، وغلط من عزاه لأبي داود ، وكذا رواه البخاري في تاريخه الأوسط عن محمد بن يحيي ابن حبان قال : كان جدى منقذ بن عمرو فذكره قال : وعاش مائة وثلاثين سنة ، والحديث وإن دار على ابن إسحاق فالأكثر على توثيقه ، ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الأنف ، وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيي بن حبان قال : قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو « قل لاخلابة ، وإذا بعت بيعا فأنت بالخيار » ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لأن هذا منقطع وذلك موصول ، هذا وشرط الخيار مجمع عليه . وأما ما روى في الموطإ والصحيح عن ابن عمر « أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال : إذا بايعت فقل لا خلابة » والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود ؛ والعجب ممن قال الأصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لايمس المطلوب .

[فرع] يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع ، لوقال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع ، حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيا به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافا لهما ، ولو ألحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ، ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول أبي حنيفة . ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره . ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشترى خياره . ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ، ولو قال إلى الظهر ؛ فعند أبي حنيفة يستمر له إلى أن يخرج وقت الظهر ، وعندهما لاتدخل الغاية (قوله ولا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكذا لايجوز عند أبي حنيفة إذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لايجوز إذا أطلق (وقالا : يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أجاز البيع إلى شهرين») وهذا دليل جزء الدعوى لأنها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أو قصرت . وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لاغير (لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروّى ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة إلى التأخير مخالفا لمقتضى العقد ، ثم جاز أيّ مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال أحمد لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون

جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة . والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر ، سلمنا أنهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن يكون المراد به خيار الرؤية والعيب ، وأنه أجاز الرد بهما بعد الشهرين ، ولا نسلم أن كثير المدة كالقليل في الحاجة ، فإن صاحب الخلابة كان مصابا

(قوله والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول : فيه بحث ، إذ لامعارضة بينهما حتى يحتاج إلى الترجيح ، فإن مفهوم العدد إن كان حجة لا يساوى المنطوق حتى يعارضه فليتأمل فإن للمنع مجالا . ثم أقول : ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثاني ، والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة .

ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص ، فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة ،

عند شروطهم » . وقال مالك : إذا كان المبيع مما لايبقى أكثر من يوم كالفاكهة لايجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم ، وإن كان ضيعة لايمكن الوقوف عليها فى ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لأنه شرع للحاجة . ويمكن أن يقال : لم يتعين اشتراط الأكثر طريقا لأنه إن كان لإمكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشترى لاحاجة إلى شرط الخيار أصلا لأن خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة ، وإن كان للتروّى فى أمرها هل تساوى الثمن المذكور أولا أو هى منتفع بها على الكمال أو لا وإن لم يرها ؟ فهذا لايتوقف على أكثر من الثلاثة لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل فى مدة الثلاث . وأما ما يتسارع إليه الفساد فحكمه مسطور . فى فتاوى القاضى : اشترى شيئا يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فى القياس لايجبر المشترى على شىء . وفى الاستحسان يقال للمشترى إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شىء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين . وهو نظير ما لو ادعى فى يد رجل بشراء شىء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعى البينة ويخاف فسادها فى مدة التزكية فإن القاضى يأمر مدعى الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضى يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثانى على يد عدل . فإن عدلت البينة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثانى ويدفع الثمن الأول للبائع . ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثانى من مال مدعى الشراء لأن بيع القاضى كبيعه . ولو لم تعدل البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لأن البيع لم يثبت وبقى آخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة . وجه قول أبى حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم) ثبت نصا على خلاف القياس فى المدة المذكورة للتروّى فيما يدفع الغبن عنه . ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه فى هذا المبيع مغبونا أو غير مغبون مما يتم فى ثلاثة أيام بل فى أقل منها ؛ فإن معرفة كونه مغبونا فى هذه الصفقة أو لا ليس من العلوم البالغة فى الخفاء والإشكال ليحتاج فى حصوله إلى مدة تزيد عليها . فكان الزائد على الثلاث ليس فى محل الحاجة إليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز إلحاقه بالثلاث دلالة كما لايجوز بالقياس . ولو فرض من الغباوة بحيث لايستفيد كونه مغبونا لم يعتبر . ولا يبنى الفقه باعتباره لأن مثله زائل العقل . وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزى فى التحقيق فى حديث حبان إنه خرج مخرج الغالب غير صحيح ، ولأنه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية فى ضعف المعرفة على ماذكر فى أمر حبان أنه كان رجلا ضعيفا وكان بدماغه مأمومة أفسدت حاله ، أو أنه منقذ وكان قد أصابته آمة فى رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما فى تاريخ البخارى الأوسط . فأى حالة تزيد على هذه من الضعف إلا عدم العقل بالكلية ، ومع ذلك لم يجعل له النبى صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة أيام فلا شك فى منع الزائد مع أنه وجد فى السمع ماينفيه صريحا ، وهو وإن لم يبلغ درجة الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجة . وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبى عياش عن أنس « أن رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال : الخيار ثلاثة أيام » إلا أنه أعلّ بأبان مع الاعتراف بأنه كان رجلا صالحا ، وكذا أخرج الدارقطنى عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم

فى الرأس فكان أحوج إلى الزيادة ، فلو زادت كان أولى بها ، فدل على أن المقدر لنفى الزيادة سلمناه ، لكن فى الكثير معنى الغرر أزيد وقد تقدم . والقياس على التأجيل فى الثمن غير صحيح لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء .

(إلا أنه إذا أجاز فى الثلاث) جاز عند أبى حنيفة خلافا لزفر ، هو يقول : إنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا . وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما إذا باع بالرقم وأعلمه فى المجلس ،

قال « الخيار ثلاثة أيام » وفيه أحمد بن ميسرة متروك . وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور فى الكتاب فلا يعرف فى شىء من كتب الحديث والآثار . وأما القياس على الأجل فنقول بموجبه ولا يضرنا ، فإن الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا بإطلاقه ، وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده ، حتى له أنه لو شرع الأجل أيضا مقيدا بمدة كنا نقول لايزاد عليها أيضا ، ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثورى وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لايجوز لأن نفس الخيار ماورد إلا للمشترى . قلنا : ممنوع بل للأعم ، فإنه صلى الله عليه وسلم قال له « إذا بايعت » وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله إلا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها : أى لايجوز فى وقت من الأوقات إلا فى وقت إجازته داخل الثلاثة (عند أبى حنيفة رضى الله عنه خلافا لزفر) وبه قال الشافعى (هو)أى زفر (يقول إنه) أى العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لايقع صحيحا ، أو باع عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الخمر ، وهذا لأن البقاء على حسب الثبوت فإن الباقى هو الذى كان قد ثبت (ولأبى حنيفة أنه) أى من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرره) أى قبل ثبوته وتحققه لأن ثبوته بمضى ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما إذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضى به) وهذا لأن المفسد ليس هو شرط الخيار ، بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه ، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا . ثم اختلف المشايخ فى حكم هذا العقد فى الابتداء ؛ فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر إذ الظاهر دوامهما على الشرط ، فإذا أسقطه تبين الأمر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا . وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسى وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر : هو موقوف ، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا ، وإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه ، كذا فى الظهيرية والذخيرة .

وهى إنما تكون بالكسب وهو لايحصل فى كل مدة فقد يحتاج إلى مدة طويلة . (قوله إلا أنه إذا أجاز) يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ، ومعناه : لايجوز أكثر منها ، لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار فى الثلاث جاز ، ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور ، والأول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل . وزفر يقول : إن هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لاينقلب جائزا لأن البقاء على وفق الثبوت ، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر ؛ وكمن تزوج امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لايحكم بصحة نكاح الخامسة . ولأبى حنيفة أنه أسقط المفسد قبل تقرره . اعلم أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى حكم هذا العقد فى الابتداء على قول أبى حنيفة ، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع ، وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسى إلى أنه موقوف ، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد ، فقوله إنه أسقط المفسد قبل تقرره :

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار فى الثلاث جاز) أقول : لكن لو ذكر الخ يشير إلى أن الاستثناء منقطع ، والظاهر الأولى أن يحمل على الاتصال : أى لايجوز أكثر منها فى وقت من الأوقات إلا فى وقت إجازته فى الثلاث فليتدبر ، وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تتمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف فى حيز الاستثناء المعلق به (قوله والأول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل) أقول ، يعنى أن ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتحرير المسئلة على ماهو رأيهم فى تفريع الخلاف .

ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ، فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ، ولهذا قيل : إن العقد يفسد بمضى جزء من اليوم الرابع ، وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ،

وذكر الكرخى نصا عن أبى حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشترى وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ فى البيع الموقوف . ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن إلا عدم الفساد فى نفس الأمر إلى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد فى نفس الأمر : فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ، ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا بإسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه ، وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال : ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط . وقوله وهذا على الوجه الأول : يعنى قوله أسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب ، فإن التعليل هو الذى ينبنى على الأصل لا أن أصل القاعدة ينبنى على التعليل . والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر أن الفساد فيها فى صلب العقد لأنه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا فى شرطه ، وكما ينقلب العقد جائزا إذا أسقط الخيار قبل مضى الثلاثة كذلك لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشترى أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا فى قول أبى حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا جاز) والمنتفع بهذا الشرط هنا هو البائع ،

أى قبل مضى ثلاثة أيام تعليل على الرواية الأولى . وتقريره أن العقد فاسد فى الحال بحكم الظاهر ، لأن الظاهر دوامها على الشرط ، فإذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا ، وهذا لأن هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد فى اليوم الرابع ، فإذا زال المغير عاد جائزا فصار كما إذا باع بالرقم وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أوغيره ثمن الثوب ولا يعلم المشترى ذلك ، فإذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشترى من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا ، فإن علم المشترى قدر الرقم فى المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق (قوله ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية ، وتقريره أن اشتراط الخيار غير مفسد للعقد ، وإنما المفسد اتصال اليوم الرابع بالأيام الثلاثة ، فإذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا . والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها فى صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفى مسئلتنا فى شرطه فأمكن . قال (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن) إذا اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه : فأما إن قال على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع ، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان ، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة . والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد ، واشتراط الإقالة فى البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد : فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد . واستحسن العلماء جوازه . ووجهه أن هذا فى معنى شرط الخيار من حيث الحاجة ، إذ الحاجة مست إلى

(قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها فى صلب العقد الخ) أقول : وكذلك الفساد فى البيع بالرقم فى صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق (قال المصنف : ولو اشترى على أنه لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام الخ) أقول : قال الإمام القاضى ظهير الدين : هاهنا مسئلة لابد من حفظها ، وهى أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ ، حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده نفذ عتقه ، وإن كان فى يد البائع لا ينفذ ، وعلى هذا إذا اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى إذا قبض المشترى يكون مضمونا عليه بالقيمة ، ولو أعتقه المشترى لا ينفذ ، ولو أعتقه البائع ينفذ اهـ . ولا يخفى عليك مخالفة هذا

وإلى أربعة أيام لايجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به ، وقد مرّ أبو حنيفة على أصله في الملحق به ، ونفي الزيادة على الثلاث ، وكذا محمد في تجويز الزيادة . وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر .

وكذا لو قبض الثمن وقال إن رده البائع إلى ثلاثة أيام فلا بيع . يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى إذا قبض المشترى المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة . ولو أعتقه المشترى لاينفذ عتقه . ولو أعتقه البائع نفذ (وإلى أربعة أيام لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فإن نقد الثمن قبل مضى الثلاثة تم البيع ، وإن لم ينقده فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال : لابد من حفظ هذه المسئلة ، حتى لو أعتقه المشترى وهو في يده عتق لا إن كان في يد البائع (وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام وأكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فإن دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا . والأصل فيه) أى في صحة هذا البيع إلى ثلاثة أيام في الثمن (أن هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا ، والدلالة لايشترط فيها سوى التساوى) وفهم الملحق بمجرد فهم الأصل مع فهم الأصل مع فهم اللغة ، وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروى ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر إليه أن شرعيته للتروى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمماطلة ، وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا أثر له ، لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذى يفهمه من فهم اللغة ، إلا أنك سمعت أنه لاينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقد مرّ أبوحنيفة رضى الله عنه على أصله في الملحق به) وهو أنه لايزاد على الثلاثة فكذلك في الملحق ،وكذلك محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة ،

الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ ، وإذا كان في معناه كان ملحقا به . ورد بأنا لانسلم أنه في معناه لأن هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهاهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد . وأجيب بأن النظر في الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط للحكم وهى الحاجة وهى موجودة فيها ، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير . فإن قيل : الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فإنه إن لم ينفد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا و استحسانا من غير خلاف فيه . أجيب بأن من له الخيار لايقدر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرة الآخر ، وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية . وأما إذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه : لم يجوّزه أبوحنيفة وأبو يوسف ، وجوزه محمد . أما أبوحنيفة فقد مرّ على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث ، وكذلك محمد مرّ على أصله في تجويز الزيادة في الملحق به ، وأبو يوسف احتاج إلى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثانى دون الأول . ووجه ذلك ماقال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر ، وفي هذا بالقياس . وتفسيره على وجهين : أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار ، وبقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام ، والمراد بالأثر ماروى عن ابن عمر « أنه أجاز الخيار إلى شهرين » ومعناه : تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر ، وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه .

= المنقول لإشارة قول المصنف إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد، ولتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد ، إلا أن يثبت في المسئلة روايتان (قوله فإن قيل : الحاجة تندفع ، إلى قوله : يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول : فيه بحث ، لأن شرط الخيار مخالف للقياس ، لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بأن من له الخيار ، إلى قوله إلا بحضرة الآخر الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه ذكر ظهير الدين أنه لاينفسخ بمضى المدة بل يفسد العقد ، نقل عنه في النهاية وغيره .

وفى هذا بالقياس ، وفى هذه المسئلة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط ، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد ، فاشتراط الفاسد أولى . ووجه الاستحسان ما بينا . قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه

وأبو يوسف فرّق فأخذ فى الأصل بالأثر : يعنى أثر ابن عمر فى جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام . وأخذ فى هذه المسئلة بالقياس : أى فى نفى الزائد على الثلاثة . وأما فى الثلاثة فبحديث ابن البرصاء على ماسنذكره له فى خيار التعيين . هذا ماذكر عن أبى يوسف هنا ، وقد روى عنه أنه رجع إلى قول محمد رواه الحسن بن أبى مالك عنه . وفى شرح المجمع الأصح أنه مع أبى حنيفة ، وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب (وفى هذه المسئلة قياس آخر) يقتضى أن لايجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه بيع شرطت فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن فى الثلاثة الأيام ، والإقالة لاتتعلق بالشرط لأن فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا فى حق ثالث ، وهو لو شرط الإقالة الصحيحة وهى التى لم تعلق بالشرط بأن قال بعتك على أن أقيلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقيلنى لايصح لأنه شرط لايقتضيه العقد (فاشتراط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعى وأحمد ، فكلهم منعوا صحة البيع . والوجه عليهم ماقدمناه من الإلحاق بالدلالة لا بالقياس ، وهو المراد بقول المصنف : وجه الاستحسان ما بيناه (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، لأن تمام هذا السبب) الذى هو البيع (بالمراضاة) لما عرف من قوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب فى حق البائع لأنه لايعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه فى حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولوكان فى يد المشترى ولا يملك المشترى التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال . وبالتعليل المذكور يعرف أن

والثانى أن يكون معناه أخذ أبو يوسف فى الأصل : أى فى ثلاثة أيام بأثر ابن عمر . وهو ماروى « أن عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما » (وفى هذا) أى فى الزائد على ثلاثة أيام (بالقياس) وهو يقتضى عدم الجواز كما مر (قوله وفى هذه المسئلة قياس آخر) تقدم معناه . قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لأحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا ، فإذا كان للبائع فالمبيع لايخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشترى بالاتفاق ، وإذا كان للمشترى فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لايخرج عن ملكه ، فإذا كان لهما لايخرج شىء من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشترى بالاتفاق ، فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشترى هل يدخل فى ملك المشترى والبائع ؟ فيه خلاف . قال أبو حنيفة : لايدخل ، وقالا : يدخل . أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع فى الصورة الأولى فلما ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أى العلة (بالمراضاة) لكون الرضا داخلا فى حقيقته الشرعية : ولا تتم المراضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسما ومعنى لاحكما فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشترى التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع ، فإن قبضه المشترى فهلك فى يده فى مدة

(قوله وقوله وفى هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول : يعنى تقدم فى هذا القول بنصف ورقة تخمينا ، وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لايجوز لما أنه بيع الخ (قوله لكون الرضا داخلا فى حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار) أقول : فيه بحث ، فإن بيع المكره بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله لأن البيع به يصير علة اسما) أقول : تأمل فى صحة هذا التعليل .

ولا يملك المشترى التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع (ولو قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ، ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة ، ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق . قال (وخيار المشترى لايمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لأن البيع فى جانب الآخر لازم ، وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل

خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته إلى كل من له الخيار ، وأنه إذا كان الخيار لهما لايخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشترى ؛ ولو قبض المشترى المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا) فى حق المبيع ، ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه (لانفاذ بلا محل فبقى) فى يد المشترى (مقبوضا) لاعلى وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة كما نقل عن ابن أبى ليلى رحمه الله أنه لم يضمنه لأنه ما رضى البائع بقبضه إلا على جهة العقد فأقل مافيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء ، وفى) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) إذا هلك وهو قيمى والمثل فى المثلى إذا كان القبض بعد تسمية الثمن ، أما إذا لم يسم ثمن فلاضمان فى الصحيح . وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث فى العيون : فى رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فإن رضيته اشتريته فضاع فى يده لم يلزمه شيء ، وإن قال إن رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة ، وبثبوت الضمان بالقيمة على المشترى فى هذا البيع قال مالك والشافعى فى المشهور ؛ وعندهم وجه فى ضمانه بالثمن ، وهو قياس قول أحمد لأنه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لأن السبب قد تم بالإيجاب والقبول ، وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب . قلنا : قولك تم البيع بالإيجاب والقبول إن أردت فى حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ، ولا يفيد فى ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ماذكرنا ، وتقييد المصنف الهلاك بكونه فى مدة الخيار ليخرج ما إذا هلك بعدها ، وأنه حينئذ يضمن بالثمن لأنه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع فى المدة (ولو هلك) المبيع (فى يد البائع) والحال أن الخيار له لا إشكال فى أنه ينفسخ (ولاشيء على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فإن فيه : إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع ، والتقييد بالصحيح ليس لإخراج الفاسد لأن الحال فى البيع الفاسد كذلك أعنى الانفساخ بهلاك المبيع فى يد البائع ، بل لأن الاعتبار الأصالة والفاسد يأخذ حكمه منه (قوله وخيار المشترى لايمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لأن البيع) إلى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لأن البيع فى جانبه لازم بات فقد تم السبب فى حقه وانتفى مايمنعه من عمله إذ كان خيار المشترى لايمنعه فيخرج (وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل) الذى هو

الخيار ضمنه بالقيمة إن لم يكن مثليا ، خلافا لابن أبى ليلى . هو يقول : قبض ملك البائع بإذنه فكان أمانة فى يده ، ونحن نقول : البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة ، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الإجازة وهو معنى قوله (لأنه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك ، وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلأنه مقبوض بجهة العقد ، وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء ؛ وتحقيقه أن الضمان الأصلى الثابت بالعقد فى القيميات هو القيمة ، وإنما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا ، ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الأصلى فى مدة الخيار ، وأما إذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لاالقيمة لبطلان الخيار إذ ذاك بتمام الرضا ، ولو هلك المبيع فى يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشترى

عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر . قال : إلا أن المشترى لا يملكه عند أبى حنيفة ، وقالا : يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع . ولأبى حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ، ولا أصل له فى الشرع لأن المعاوضة تقتضى المساواة ، ولأن الخيار شرع نظرا للمشترى ليتروّى فيقف على المصلحة ، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر .

من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان . وقوله (إلا أن المشترى لا يملكه) بمعنى لكن ، وهو استدراك لأمر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشترى ، وهو المقدر الذى ذكرناه ، فإنه يتبادر بحكم العادة أنه إذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل فى ملك المشترى ، وهذا (عند أبى حنيفة ، وقالا : يملكه) المشترى ، وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول (لأنه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا إلى) ملك (مالك ولا عهد لنا به فى الشرع) فى باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولى أمر الكعبة إذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة ، والضيعة الموقوفة بعبيدها إذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فإنه لا يدخل فى ملك المشترى لأن ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الأوقاف وحكم الأوقاف ذلك ، وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور (ولأبى حنيفة رضى الله عنه أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا إنه يدخل المبيع فى ملكه اجتمع البدلان) الثمن والمبيع (فى ملك) أحد المتعاوضين (حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة تقتضى المساواة) بين المتعاوضين فى تبادل ملكيهما ، بخلاف ضمان غاصب المدبر إذا أبق من عنده سواء قلنا إنه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك مالكه فيجتمع العوضان فى ملك واحد ، فإنه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية ، وهذا ألزم فى الشرع مما ذكرناه ، فإن المشترى للسدانة والوقف كائن فى المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل فى ملك أحد (ولأن خيار المشترى شرع نظرا له ليتروّى فيقف على المصلحة) فى رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده (إذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيحتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض إذا كان مفوّتا للنظر وذلك لا يجوز ، وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشترى لم يستحق به الشفعة

كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار . قيل : : وإنما ذكر الصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح . وأما دليل خروجه عن ملكه إذا كان الخيار للمشترى فهو أن البيع لازم من جانبه . وتحقيقه أن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر ، وأما أن البدل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل فى ملك من له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله فلأنه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ، ولا أصل له فى الشرع لأن المعاوضة تقتضى المساواة . ونوقض بالمدبر ، فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين فى ملك واحد . وأجيب بأن قوله (حكما للمعاوضة) يدفع النقض ، فإن ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ، ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل فى ملك الآخر يكون زائلا لا إلى مالك : يعنى سائبة ولا عهد لنا

(قوله قيل ، إلى قوله : لحال المسلمين على الصلاح) أقول : ولأنه يعلم منه حاله بالولاية .

قال (فإن هلك فى يده هلك بالثمن ، وكذا إذا دخله عيب) بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع . ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد ، والهلاك لايعرى عن مقدمة عيب فيهلك ، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن ، بخلاف ماتقدم لأن بدخول العيب لايمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف . قال (ومن اشترى امرأته

لأن استحقاقها بالملك ولذا لاتثبت بحق السكنى لكنه يستحقها إذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والإجماع . أجيب بأنه إنما استحقها لأنه صار أحق بها تصرفا لا لأنه ملكها كالعبد المأذون يستحقها إذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى .

وحاصل هذا مع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أو ما فى معناه ، وهذا تكلف لايحتاج إليه ، وستأتى المسئلة معللة بانبرام البيع فى ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا ، وما فى الأجناس لو بيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة لايبطل خيار الرؤية فله أن يردها إذا رآها ويبطل خيار الشرط (فإن هلك) المبيع (فى يد المشترى) ولو فى مدة الخيار (هلك بالثمن ، وكذا إذا دخله عيب) لايرجى زواله كأن قطعت يده ولو بغير صنعه فإنه يلزمه الثمن ويمتنع الرد ، بخلاف مالو كان يرجى زواله فى المدة بأن مرض فإن المشترى على خياره ، لكن ليس له أن يرده مريضا بل حتى يبرأ فى المدة ، فإن مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه . وعن أبى يوسف يبطل خيار المشترى فى كل عيب بأى وجه كان إلا فى خصلة ، وهى أن النقصان إذا حصل فى يد المشترى بفعل البائع لايبطل خياره ، بل إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ الأرش من البائع . وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن : يعنى الفرق بين ما إذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع فى يد المشترى فإنه يهلك بالقيمة ، وبين ما إذا كان للمشترى فهلك فى يد المشترى فإنه يهلك بالثمن هو أن الهلاك لايخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان ، فإذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد ، وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ماتقدم) من كون الخيار للبائع ، فإن تعيب المبيع لايمنع الرد حكما لخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته

به فى الشرع : ونوقض بما إذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى . وأجيب بأن كلامنا فى التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف ، وحكم الأوقاف قد تقدم . ورجح قول أبى حنيفة بأن شرعية الخيار نظرا للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة ، فلو دخل فى ملكه ربما يكون عليه لا له بأن كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (قوله فإن هلك فى يده) أى إن هلك المبيع فى يد المشترى فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن ، وكذا إذا دخله عيب ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا . ومراده عيب لايرتفع كأن قطعت يداه . وأما ما يجاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إذا زال فى الأيام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع . وأما إذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد ، وتبين بما ذكر أن هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشترى إذا كان الخيار للبائع ، ويوجب الثمن إذا كان للمشترى فاحتاج إلى التصريح ببيان الفرق . ووجهه أن المبيع إذا تعيب فى يد المشترى والخيار له تعذر الرد كما قبض ، وكذلك إذا هلك والهلاك لايعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى . وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشترى بدخول العيب لأن الخيار للبائع لا له فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة . قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره ، وهو أن الخيار إذا كان للمشترى

(قال المصنف : والعقد قد انبرم) أقول : انبرم مطاوع، قولهم أبرمت الأمر إبراما : إذا أحكمته .

على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لأنه لم يملكها لما له من الخيار (وإن وطئها له أن يردها) لأن الوطء بحكم النكاح (إلا إذا كانت بكرا) لأن الوطء ينقصها ، وهذا عند أبي حنيفة (وقالا : يفسد النكاح) لأنه ملكها (وإن وطئها لم يردها) لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيبا ، ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشترى بشرط الخيار وعدمه : منها عتق المشترى على المشترى إذا كان قريبا له فى مدة الخيار ، ومنها : عتقه إذا كان المشترى حلف إن ملكت عبدا فهو حرّ ،

على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لأنه لم يملكها لما له من الخيار) والمبيع لا يدخل فى ملك المشترى بالخيار ، فلو رد المبيع استمرت زوجة عنده . وعندهما إذا فسخه رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها (وإن وطئها) بعد الشراء (له أن يردها) بالخيار لأن الوطء لا يلزم هنا أن يكون إجازة لأن له فى النكاح ملكا قائما يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئه إجازة (إلا إذا كانت بكرا ، لأن الوطء ينقص البكر) فيمتنع الرد للعيب الذى حدث عنده ، ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهى ثيب يمتنع الرد عنده أيضا للنقص الذى دخلها لا لذات الوطء . فإن قيل : لما زوّجها مولاها الذى باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة . أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا إلى الرضا بما هى أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ما ذكرناه (وقالا : يفسد النكاح لأنه ملكها ، فإن وطئها لا يردها) ولو كانت ثيبا لأن الوطء بعد انفساخ النكاح ليس إلا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع ، وهذه المسئلة من فروع الخلاف فى ثبوت الملك فى المبيع للمشترى بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف فى ذلك (منها عتق) العبد (المشترى على المشترى) بشرط الخيار (فى مدة الخيار إذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضى المدة ولم يفسخ لأنه لم يملكه (ومنها أن من قال : إن ملكت عبدا فهو حرّ) فاشترى عبدا بشرط الخيار فإنه لا يعتق عند أبي حنيفة لأنه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط ، وعندهما وجد فعتق لأنه ملكه . أما لو قال : إن اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فإنه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية . لا من كل وجه ، ولذا لا يعتق عن الكفارة إذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته . ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فحاضت فى مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة لأنها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلابد من حيضة أخرى لحل الوطء . وعندهما يجتزئ بها لوجودها بعد الملك ، وينبغى أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لأن السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ، ولو اختار الفسخ فردها إلى البائع

يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى عنده ، وعندهما يدخل ، فعلى هذا إذا اشترى امرأته (على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لأنه لم يملكها ، وإن وطئها له أن يردها لأن الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار ، إلا إذا كانت بكرا فليس له أن يردها لأن الوطء ينقصها ، وهذا يشير إلى أن قوله (وإن وطئها له أن يردها) معناه : إذا لم ينقصها الوطء ، فأما إذا نقصها فلا يردها وإن كانت ثيبا إليه أشير فى شرح الطحاوى . وعندهما يفسد النكاح وإن وطئها لم يردها وإن كانت ثيبا لأنه ملكها ووطئها بملك اليمين . ولهذه المسئلة نظائر فى كونها مترتبة على الأصل المتقدم : منها عتق المشترى على المشترى فى مدة الخيار إذا كان قريبا للمشترى لا يعتق عليه عنده خلافا لهما . ومنها ما إذا قال إن ملكت عبدا فهو حرّ فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما .

بخلاف ما إذا قال : إن اشتريت فهو حرّ لأنه يصير كالمنشىء للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار . ومنها أن حيض المشتراة فى المدة لايجتزأ به عن الاستبراء عنده، وعندهما يجتزأ؛ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لايجب عليه الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض: ومنها إذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لاتصير أم ولد له عنده خلافا لهما،

لايحتاج البائع إلى استبرائها عند أبى حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده : وعندهما إن كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا ، وإن كان فى القياس يجب وإن كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشترى الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل ،وأجمعوا أن العقد لو كان باتا ثم فسخ بإقالة أو غيرها إن كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء ، وفى الاستحسان غير واجب،وإن كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ، ولو كان الخيار للبائع ففسخ فى المدة فظاهر الرواية أنه لايجب عليه استبراء لأنها لم تخرج عن ملكه ، وإن أجازه فعلى المشترى استبراؤها بحيضة بعد الإجازة بالإجماع . ومنها إذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار فى المدة لاتصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما ، وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ، ولا بد منه لما ذكر فى المبسوط : لو ولدت عند المشترى ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة وتصير أم ولد بالإجماع : وصوّر الطحاوى هذه الخلافية فيما إذا ولدت قبل الشراء قال : اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار؛ فعند أبى حنيفة لاتصير أم ولد له وخياره على حاله إلا إذا اختارها صارت أم ولد له ، وعندهما تصير أم ولد له بالشراء ، ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره ، وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ماقبل القبض والشراء وما قبل

بخلاف ما إذا قال إن اشتريت ، لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لأن المعلق بالشرط كالمرسل عنده ، ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا . فإن قيل : لو كان كالمنشئ وجب أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة . أجيب بأنه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حرّ فلا يتعدى إلى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لأنه كالمدبر فى الاستحقاق ، وفيه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا . ومنها أن المشتراة إذا حاضت بعد القبض فى مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لايجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ، ولو ردها على البائع لايجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده . وعندهما إذا كان الرد قبل القبض لايجب على البائع الاستبراء اسحسانا . والقياس أن يجب لتجدد الملك ، وإن كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا . وأجمعوا فى البيع الباتّ يفسخ بإقالة أو غيرها أن الاستبراء واجب على البائع إذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا . ومنها إذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لاتصير أم ولد عنده . قال صاحب النهاية : لابد من أحد تأويلين : إما أن يكون معناه اشترى منكوحته وولدت فى مدة الخيار قبل قبض المشترى بشرط الخيار . أو يكون اشترى الأمة التى كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لاتصير أم ولد له فى مدة الخيار عنده خلافا لهما ، وعلى هذا كان قوله فى المدة ظرفا لقوله لاتصير أم ولد له لاظرف الولادة . وتقرير كلامه : إذا ولدت المشتراة بالنكاح لاتصير أم ولد له فى مدة الخيار ، وفيه تعقيد لفظى كما ترى . قال صاحب النهاية : وإنما احتجنا إلى أحد التأويلين: لأنا لو أجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت فى مدة

(قوله لأنا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول : يعنى الإطلاق .

ومنها إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده ، وعندهما من مال المشترى لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك. ومنها لو كان المشترى عبدا مأذونا له فأبرأه البائع من الثمن فى المدة بقى على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله .

القبض بعد الشراء (ومنها إذا قبض المشترى) بشرط الخيار له (المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع) عنده (لارتفاع القبض بالرد) لأنه لما لم يملكه ارتفع القبض بالإيداع لأن البائع لا يصلح أن يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الإيداع صحيحا ، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشترى لصحة الإيداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الإيداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح ، لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح وديعة المشترى لتحقق إيداع غير المالك كالمضارب وغيره ، وقد يراد ملكه بحسب المآل إلا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يئول إلى ملكه بأن يختار المشترى البيع . أما لو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشترى ثم إن المشترى أودعه فى مدة الخيار البائع فهلك فى يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع فى قولهم جميعا ، ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى بإذن البائع أو بغير إذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك فى يده هلك على المشترى ولزمه الثمن اتفاقا لأن هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الإيداع منه (ومنها لو كان المشترى) بالخيار (عبدا مأذونا فأبرأه البائع من الثمن فى المدة) يصح إبراؤه استحسانا لا قياسا لأن البائع لم يملك الثمن على المشترى بالخيار فلا يصح إبراؤه مما لا يملكه . وفى الاستحسان : يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع . وإذا صح إبراؤه إلا لاتفاق (بقى على خياره) فى السلعة إن شاء أجاز البيع فيأخذها بلا ثمن ، وإن شاء رده فيرد السلعة للبائع عند أبى حنيفة لأنه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شىء بلا عوض (والمأذون يليه) أى يملك ذلك كما له أن يمتنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من الثمن والواقع أن المبيع يدخل فى ملك المشترى بالخيار لو رده كان متبرعا

الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لأن الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية فى يد المشترى بشرط الخيار . ومنها إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يد البائع فى مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لأن القبض قد ارتفع بالرد إذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع ، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع ، وعندهما لما ملكه المشترى صحت الوديعة وصار هلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده . ومنها ما لو كان المشترى عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن فى المدة بقى خياره لأنه لما لم يملكه كان الرد امتناعا منه عن التملك وللمأذون له ولاية ذلك ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والمأذون ليس من أهله . فإن قلت : إذا كان الخيار للمشترى فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه إبراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه ؟ أجيب بأن القياس ينفى صحة هذا الإبراء ، وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد . ومنها إذا اشترى ذمى من ذمى خمرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما ، وعنده بطل الخيار والبيع . ووجه ذلك مذكور فى الكتاب وهو واضح ؛ وإذا كان الخيار للبائع وأسلم يبطل البيع بالإجماع ؛ وإذا كان الخيار للمشترى وأسلم البائع لا يبطل البيع بالإجماع لأن العقد من جانبه بات ، فإن اختاره المشترى صار له ،

(قال المصنف : لأن الرد امتناع عن التمليك) أقول : الظاهر أنه يقال عن التملك .

ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم يبطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم . وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم . قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز ، فإن أجازه بغير حضرة صاحبها جاز ،

مملكا بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات ، فإذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء . واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشترى بشرط الخيار فكيف يتصور الإبراء منه . والجواب أن الإبراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ؛ ألا يرى أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وإنما اشتغلت ذمته لصحة السبب لأن شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لابد أن تشغل الذمة بالثمن ، ولا يظن أنه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ماعرف (ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أن المشترى بالخيار ثم أسلم) المشترى في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم ، وعنده بطل البيع لأنه لم يملكها ولا يمكنه تملكها بإسقاط الخيار) بعد الإسلام فتعين بطلان البيع. أما لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالإجماع ، هذا آخر مافرعه المصنف ، ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشترى بالخيار مالو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه . ومنها ما إذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكناها قال الإمام السرخسي : لايكون اختيارا وإنما الاختيار ابتداء السكنى . وقال خواهر زاده : استدامة السكنى اختيار عندهما لأنه يملك العين وعنده ليس باختيار لأنه بالإجارة أو الإعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع . وقالا : يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان للمشترى فأحرم البائع للمشترى أن يرده : ومنها أن الخيار إذا كان للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشترى ، وعندهما للمشترى لأنها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) في مدة الخيار بإجماع الفقهاء (وله أن يفسخ ، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فإذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحد معان ثلاث : بمضى مدة الخيار وبموته وبإغمائه وجنونه في المدة ، فإن أفاق فيها قال الإسبيجابي : الأصح أنه على خيار ، ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ، ولو ارتد فعلى

وإن رد صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمار حكما . قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشترى والأجنبي ، لأن شرط الخيار يصح منهم جميعا ، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بثلاثة أشياء : بأن يقول أجزت وبموته في مدة الخيار لأنه لايورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا ، وبأن تمضى مدة الخيار من غير فسخ وإذا كان للمشترى فبذلك ، وبأن يصير المبيع في يد المشترى إلى حال لايملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم . وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما . والثاني هو مايكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك ، كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف المشترى فيه تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشترى فإن العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعلمه لأنه فسخ حكمي ؛ والشيء قد يثبت حكما وإن

خياره إجماعا ، فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما . والمعنى الثالث أن يجيز البيع كأن يقول : أجزت البيع ورضيته وأسقطت خيارى ونحو ذلك ، وإذا كان الخيار للمشترى فنفاذه بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع ، وبالفعل بأن يتصرف فى المبيع تصرف الملاك فى مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه ويسلمه أو يرهنه أو يؤجره وإن لم يسلمه على الأصح ، وكذا إذا علق عتقه فى المدة فوجد الشرط فيها ، ومن ذلك أن يباشر فى المبيع فعلا لايحتاج إليه للامتحان ، ولا يحل فى غير الملك بحال ، فإن كان يحتاج إليه للامتحان ويحل فى غير الملك فهو على خياره ، فالوطء إجازة ، وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة ، والنظر إلى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لأن ذلك يحل فى غير الملك فى الجملة ، فإن الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة . نعم التقبيل لا إلا أن النظر إليه من حيث هو مس ، ولو أنكر الشهوة فى هذه كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره ، وكذلك إذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره فى قول أبى حنيفة ، وقال محمد : لايكون فعلها البتة إجازة للبيع لأن شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ، ولأبى حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الأشياء من حيث هى ملحقة بالوطء فى إيجاب الحرمة كالمضاف إلى الرجل . وأما المباضعة مكرها كان أو مطاوعا اختيار . أما عند أبى حنيفة فظاهر ، وأما عند محمد فلأن الوطء تنقيص ، حتى لو وجدت من غير المشترى يمتنع الرد ، فأما المباشرة إذا ابتدأتها والمشترى كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار ، وإنما يلزم سقوط الخيار فى غير المباضعة إذا أقر بشهوتها لأن فعلها يلزم إسقاط خياره فيتوقف على إقراره بما يسقط خياره ، ولو دعا الجارية إلى فراشه لايسقط خياره ، والاستخدام ليس بإجازة لأنه يمتحن به ، والاستخدام ثانيا إجازة إلا إذا كان فى نوع آخر . وقد اختلف كلامه فى الفتاوى الصغرى فقال : الاستخدام مرارا لايكون إجازة . وقال فى موضع آخر : قال المرة الثانية تبطل الخيار ، وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار . وفى فتاوى قاضيخان : إذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لايبطل خياره ويبطل بمرتين ، وركوبها ليسقيها أو يردها ويعلفها إجازة . وقيل إن لم يمكنه بدون الركوب لايكون إجازة . وأطلق فى فتاوى قاضيخان أنه لايبطل خياره فقال : وركوبها ليسقيها أو يردها على البائع لايبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان . ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لايبطل . ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لايسقط . ولو درس فيه يسقط ، وقيل على العكس ، وبه أخذ أبو الليث ، وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها ، بخلاف خيار الرؤية والعيب . ولو حدث به عيب فى خيار المشترى بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لايلزمه العقد بفعل البائع لأن البائع لايقدر على إلزام البيع ، ومتى قلنا إنه يلزم بجنايته أثبتنا له قدرة إلزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشترى ، بخلاف ما إذا كان من أجنبى فإن لزومه لامن قبله . ولهما أن ماينقص بفعل البائع فى ضمان المشترى فيلزم العقد فى ذلك القدر الذى تلف فى ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن ، فمتى رد الباقى كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام فى حق الرد ، وهو لايجوز كفعل الأجنبى ؛ وإذا

كان يبطل قصدا . وأما الأول فهو ما يكون بالقول ، وهو أن يقول البائع أو المشترى فسخت ، فإن كان ذلك بحضرة الآخر : أى بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق ، وإن كان بغير علمه فلا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : يجوز وهو قول الشافعى رحمهما الله . لأبى يوسف أن من له الخيار مسلط

وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة و محمد. وقال أبو يوسف : يجوز) وهو قول الشافعي والشرط هو العلم، وإنما كني بالحضرة عنه . له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة لأنه

عرف هذا عرف أن المشترى يرجع على البائع بالأرش ، ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره، لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع ، وكذا لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشترى ، ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لأن ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ، فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشترى . ولو بزغ الدابة فهو رضا ، ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه، وقال أبو يوسف: لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه . ولو سقى حرثا في الأرض فيما إذا اشترى الأرض أو حصد الزرع أو فصل منه شيئا فيما إذا اشترى الزرع فهو رضا . ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا . ولو طحن في الرحى فهو رضا ، وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحى الماء وليست في ديارنا . ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشترى الأجرة من الساكن فهو إجازة . ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس برضا (قوله وإن فسخ) أى من له الخيار في المدة (بغير حضرة الآخر) أى بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وإنما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف : يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع ، وهذا الفسخ بالقول هو الذى الخلاف في جوازه بغير علم الآخر . وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا ، وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختيارى لأنه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ ، بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك ، فإن كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطء ، وجميع ما قدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشترى من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع (له) أى لأبي يوسف (أنه) أى الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذى لا خيار له (فلا يتوقف) فسخه (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف في حق الغير) وهو الذى لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لأنه) أى الغير الذى لا خيار له

على فسخ العقد من جهة صاحبه ، وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة ، وهو قياس منه لأحد شطرى العقد على الآخر ، ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا ، وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فإن له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائبا لأنه مسلط من جهته (ولهما أن الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع و) هو (لا يعرى عن المضرة) أما إذا كان الخيار للبائع فالمشترى عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن و لا خفاء في كونه ضررا . وأما إذا كان للمشترى فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا، وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى، والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل . والقياس على الشطر الآخر فاسد

(قوله وهو قياس منه لأحد شطرى العقد) أقول : فيه تسامح لظهور أن الفسخ ليس أحد شطرى العقد .

عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع ، أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشترى ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل ، بخلاف

(عساه يعتمد على تمام البيع السابق) إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشترى (فيه) فيما إذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك)وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسلعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ فى المدة اعتمادا على تمامه (فيما إذا كان الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر) يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل فى حقه مالم يعلم به كى لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيلا بالشراء ، وببطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيلا بالبيع ، وربما يعتمد المشترى منه النفاذ فيتشعب الفساد . والحاصل قياسان تعارضا قياس أبى يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ، ثم فى قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف فى حق الغير بالرفع ، فإن هذا لا أثر له فى نفى الصحة بلا علم ، إنما أثره فى نفى الصحة بلا إذن . فإن كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن ، فهو بالنسبة إلى العلم طرد ، والإذن قد وجد فى ضمن شرط الخيار له . فإن قيل : لا نسلم أن شرط الخيار تضمن الإذن له بالفسخ مطلقا إنما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر ، أما إذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا . قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس إلا كون فسخ مظنة ذلك الضرر ، وصح قولنا إن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف فى حقه بلا علمه ، وحينئذ فيقتصر النظر على إثبات الضرر . ولا يخفى أن الضرر الذى ذكر أنه يلحق المشترى إذا كان الخيار للبائع فى حيز التعارض لأن ضرر لزوم القيمة إنما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى ، بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما فى محل التعارض ، بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الأسواق فبطل ذلك الشق ، وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلعته مشتريا ، فإنما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشترى فى المدة هل فسخت أو لا ، ومثل هذا كثير فى الفقه أعنى إلزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه فى احتياطه لنفسه مع المكنة ، بخلاف الوكيل فإن ضرره لازم بإلزام ثمن ما يشتريه عليه إن كان وكيلا للشراء ، لأن الشراء إذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بإلزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به ، وقد لا يكون مالكا لمقداره وبإهدار أقواله : أعنى عقوده إذا كان

لقيام الفارق وهو الإلزام ، ولا نسلم أنه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لأن التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك ، وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا ، وكونه لا بد منه فى البياعات لأنه لا إلزام فيها . وعورض بأن ما ذكرتم من إلزام الضرر وإن دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو أنه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار إلى مضىّ المدة فيلزم البيع ، وفيه من الضرر ما لا يخفى : وأجيب بأنه ضرر مرضىّ به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة . واعلم أن مدار دليلهما إلزام ضرر زائد غير مرضىّ به ، فإذا فات المجموع أو بعضه فى بعض الصور لا يكون نقضا ، فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها فى حق غير الفاعل إلزام ، وهو مسوغ لأن ذلك من الإسقاطات ، وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كإسقاط الحمل عن الدابة ، ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وإن لم تعلم لأنه ليس فيها إلزام لأن الطلاق الرجعى لا يرفع

(قوله لأن ذلك ، إلى قوله : من الإلزام الخ) أقول : المتن إثبات القوة الحكمية على ما بين لأنه إسقاط ، والأظهر أن يقال ليس فيه ضرر .

الإجازة لأنه لاإلزام فيه ، ولا نقول إنه مسلط ، وكيف يقال ذلك وصاحبه لايملك الفسخ ولا تسليط فى غير

وكيلا بالبيع . وهذا أضرّ على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره ، فالوجه لأبى يوسف والشافعى أقوى والله أعلم . وقوله حينئذ (ولا نقول إنه مسلط) من جهته (وكيف وهو لايملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية ، فإن المراد من سلطه أذن له فى التصرف فى حقه ذلك بالرفع فى المدة ، فإذا منع تضمن شرط الخيار الإذن بلا علمه للضرر ، فكان الإذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم. فجوابه ما ذكرنا من انتفائه فى صورة التعارض وعدم تأثيره فى أخرى لتقصير من يلزمه ، وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفتح يتضرر هو أيضا لأنه يمكن أن يختفى صاحبه فى المدة حتى تنقضى ، فقالوا هذا الضرر إنما لزمه من جانبه بتقصيره فى أخذ الكفيل . وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن إحضاره لا بالاختفاء فى سعة فضل الله التجاوز عنه . وقيل : الظاهر أنه لايختفى لأنه أمين حيث أثبت الخيار لصاحبه . واعلم أن الإلزام بهذا الفرع على إحدى الروايتين . فى فتاوى قاضيخان : جاء إلى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضى خصما ليرده عليه ، قال بعضهم : ينصب نظرا للمشترى ، وقال محمد بن سلمة : لايجيبه لأن المشترى ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له ، فإن لم ينصب القاضى وطلب المشترى من القاضى الإعذار عن محمد روايتان : فى رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادى على باب البائع أن القاضى يقول : إن خصمك فلانا يريد أن يرد المبيع عليك ، فإن حضرت وإلا نقضت البيع ولا ينقض القاضى بلا إعذار . وفى رواية : لايجيبه إلى الإعذار أيضا ، وقيل لمحمد يعنى على هذه الرواية كيف يصنع المشترى ؟ قال : ينبغى للمشترى أن يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة إذا خاف الغيبة حتى إذا غاب يرده على الوكيل : وطريق نقض القاضى على إحدى الروايتين أنه إذا قال الخصم إنى أعذرت إليه وأشهدت فتوارى فيقول القاضى اشهدوا أنه زعم أنه أعذر إلى صاحبه فى المدة كل يوم واختفى ، فإن كان الأمر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار ، فإن ظهر وأنكر فعلى المدعى البينة بالخيار والإعذار ، وهذا لأنه لايمكن من إقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لأنه لايحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه . وإذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لأنها على

النكاح حتى تكون الرجعة إلزام أمر جديد ، سلمناه لكن ليس فيه إلزام ضرر لأن النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لاتكون ضررا ولا ماقيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها ، وفيه إلزام حكم الاختيار وإن لم يعلم به لعدم الإلزام بل ذلك بالتزامه أو لأنه لاضرر فيه ، فإن الإيجاب فيه حصل منه ، ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لأنه غير زائد على موجب التخيير ولا ماقيل اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه إلزام لأنه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضى به بالإقدام على سببه ، ولا ماقيل اختيار المالك رفع عقد الفضولى يلزم العاقدين بلا علم ، وفيه إلزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه ، ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وإن لم تعلم لأنه لاضرر فى العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصا دون الطلاق ، بخلاف الضرر المذكور فى خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة ، وهو غير مرضىّ به من جانب الآخر فلا يلزمه

(قوله لأن النكاح من عوالى النعم الخ) أقول : فيه بحث (قوله أو لأنه غير زائد على موجب التخيير) أقول : وكذلك الفسخ فى مسئلتنا فالأولى أن يقال أو لأنه مرضى به ، ولولاه لما أقدم على الإيجاب (قوله أهو مرضى به ولولاه لما أقدم على الإيجاب بالإقدام على سببه) أقول : سببه الإعتاق لاالنكاح .

مايملكه المسلط ، ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ .

وفق ماترجح من قول أبى يوسف ، لكنا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل : فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك . وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بإيجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم ، وهو مدفوع بأن إثبات خيار الفسخ بمنزلة إثبات خيار الطلاق ، فإن كان الطلاق بإيجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بإيجابه فيجوز حال غيبته . ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة ، حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ إذا أثبت الرجعة قبلها : أجيب بأن الزوج لايلزمها حكما جديدا لأن الطلاق الرجعى لايرفع النكاح وإنما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف شرط تصرفها هل هوموجود أولا . ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ، فإن حكمها يلزم غيره بلاعلمه : وأجيب بأنها إسقاطات لايلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه . ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها الفرقة بلاعلم زوجها . أجيب لارواية فيها . وعلى تقدير التسليم فالتخيير أثبته لها الشرع مطلقا وله الولاية عليها ، ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع ، فإن كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه فى خيار المخيرة يقتضى أن الشرع لايوقف صحة التصرف على علم الآخر فى ثبوت حكمه فى حقه . فإن قلت : فما الضرر الذى يلزمه أولا حتى يحتاج إلى جوابه ؟ قلنا : امتناعه عن تزوج أمة بناء على قيام نكاح التى أعتقت . ومنها خيار المالك فى بيع الفضولى بدون علم المتعاقدين . أجيب بأن عقدهما لا وجود له فى حق المالك إذ لاولاية لهما عليه ، فإذا رد فقد بقى عدم شرط الثبوت فانعدم أصلا فى حقه فإنه يقع الانعقاد حكما . ومنها العدة فإنها تلزم على المرأة بتطليق الزوج ، وإن كان بغير علمها . أجيب بأن العدة لاتجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة ؛ ألاترى أنها لاتجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف فى حق نفسه بإزالة ملك أقدره الله تعالى عليه فإنما تلزم فى ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لاللمتضمن ، وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه .

[فروع] اشتريا غلاما على أنهما بالخيار فرضى أحدهما لا رد للآخر عنده . وقالا له رد نصيبه . ولوكان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشترى أجزته ثم قال المشترى فسخته بحضوره انفسخ ، فإن هلك فى يد المشترى سقط الثمن ، ولو بدأ المشترى بالفسخ ثم البائع بالإجازة ثم هلك فعلى المشترى قيمته ، ولو تفاسخا العقد ثم هلك فى يد المشترى قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره فى المجتبى . وفى الفتاوى : باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام و تقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على المشترى وللمشترى حبسها لاستيفاء الثمن الذى كان دفعه إلى البائع ، فإن أذن البائع بعد ذلك للمشترى فى زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشترى وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشترى حبسها ، لأنه لما زرعها بإذن البائع صار كأنه سلمها إلى البائع ، ولو مرض العبد والخيار للمشترى فلقى البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فإن مضت المدة والعبد مريض لزم المشترى ، وإن صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذى كان منه . ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشترى على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضى

إلا بعلمه (قوله ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه) يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور ، وليس المراد

قال (وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته) وقال الشافعي : يورث عنه لأنه حق لازم ثابت فى البيع فيجرى فيه الإرث كخيار العيب والتعيين . ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والإرث فيما يقبل الانتقال ،

البيع جاز وطاب له إذ حاصله زيادة فى الثمن ، وكذا لو كان الخيار للمشترى فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لأنه زيادة فى المبيع أو حط من الثمن ؛ ولو أمره ببيع عبده على أن يشرط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ، ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر أو للأجنبى صح ، ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل إلا أن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع ، لأن الشراء إذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد (قوله وإذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعا كان أو مشتريا (ولم ينتقل إلى ورثته) وإذا بطل خياره يلزم البيع ، فإن كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع فى ملك ورثته ، وإن كان الخيار للمشترى دخل المبيع فى ملك ورثته وللبائع الثمن فى التركة إن لم يكن قبضه ، وقيد بمن له الخيار لأنه إذا مات العاقد الذى لاخيار له فالآخر على خياره بالإجماع ، فإن أمضى مضى وإن فسخ انفسخ (وقال الشافعى : يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو فى كتبهم المشهورة (لأنه) أى الخيار (حق) للإنسان (لازم) حتى إن صاحبه لايملك إبطاله (فيجرى فيه الإرث كخيار العيب والتعيين) فإنهما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله) لأنه وصف شخصى لايمكن فيه ذلك (والإرث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الأعيان ، ولفظ مشيئة منصوب على أنه خبر ليس ، وما فى الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئا إلا مشيئة مبنى على قول ضعيف فى العربية من أن يقدر المعمول غير مافرغ العامل له . ويجعل ما بعد إلا بدله ، والمختار أن المفرغ له هو المعمول ، فى ماقام إلا زيد زيد فاعل ، بخلاف ماقاسوا

بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استقر به المراد . قال (وإذا مات من له الخيار بطل خياره) إذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشترى أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع ، بخلاف ما إذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالإجماع . وقال الشافعى رحمه الله : إذا مات من له الخيار انتقل الخيار إلى وارثه لأنه حق ثابت لازم فى البيع فيجرى فيه الإرث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء . ولنا أن الخيار لايقبل الانتقال لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة وهما عرضان ، والعرض لايقبل الانتقال ، والإرث فيما يقبل الانتقال لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث ، وهذا معقول لامعارض له من المنقول فيكون معمولا به . لايقال : قال عليه الصلاة والسلام «من ترك مالا أوحقا فلورثته» والخيار حق فيكون لورثته ؛ لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على مامر ، والخيار ليس كذلك . قيل : المالكية صفة تنتقل من الموروث إليه فى الأعيان فهلا يكون الخيار كذلك . وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى . قيل : فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا . وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه . وكم من مبيع لاخيار فيه ، بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك . وفيه نظر فإن الكلام فى المبيع بشرط الخيار لا فى مطلقه ، والخيار يلزمه . والصواب أن يقال : الغرض الأصلى من نقل الأعيان ملكيتها ، وليس الخيار فى المبيع بشرط الخيار كذلك ، فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الأصلى انتقال ماليس كذلك . فإن قيل : القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير

بخلاف خيار العيب لأن المورّث استحق المبيع سليما فكذا الوارث ، فأما نفس الخيار لايورث ، وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لاأن يورث الخيار .

عليه من خيار العيب لأن الإرث فيه للعين ومن جملته الجزء المستحق ، فإذا دخل فى ملكه تمام الأجزاء وبعضها محتبس عند إنسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لايمكن شرعا إلا برد الكل . وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعى لايصح على أصله لأنه لايجيز خيار التعيين فكأنه ذكره إلزاما لنا . وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير فى تعيينه فينتقل إلى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما إذا ورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والإفراز وهو معنى الخيار ، فجاء الخيار لازما للعين الموروثة فى الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ، ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لأن البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل إلى الوارث بما فيه ، على أنه لايتصور فيما إذا كان الخيار للمشترى فإنه لم يدخل المبيع فى ملكه عند أبى حنيفة فلا يورث ، ووجهه قوى على ماتقدم ، ويقال : على أصل الدليل قولكم لايتصور انتقال الوصف إن أردت حقيقته فسلم ، لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لاعين ذلك الملك ، والاستحقاق المقيد بالإضافة إلى الميت لأن ذلك غير ممكن . فالوجه فى الاستدلال ليس إلا أن يقال : ثبوت ذلك شرعا فى أملاك الأعيان معلوم متفق عليه ، وأما ثبوته عن الشرع فى غيرها من الحقوق يتوقف على الدليل السمعى ولم يوجد ، ونفى المدرك الشرعى يكفى لنفى الحكم الشرعى ، فإن قالوا : بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « من ترك مالا أو حقا فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالا فإلى » قلنا : الثابت قوله مالا فى الصحيح ، وأما الزيادة الأخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل . وأما الجواب بأن الملك إنما ينتقل فى ضمن انتقال العين فيعد أنه فى غاية الضعف ، إذ لامعنى لكون الإرث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل ، فإن حقيقة انتقالها إنما هو فى المكان فآل إلى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ، ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفى كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة فى بعض الشروح . هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه . ثم نقول : مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار إلى الورثة على قول أبى حنيفة ، أما على قولهما فينبغى أن يورث فإنهما يثبتان الملك للمشترى بالخيار فى العين فينتقل إلى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كما فى خيار العيب بعينه ، وفى خيار

تبعية العين فليكن الخيار كذلك . أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للتشفى ، وهما فى ذلك سيان ، إلا أن المورث متقدم فإذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث : أعنى التشفى ، والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولاشارط . لايقال : البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لابطريق النقل فلا يفيه ماذكرتم لأن كلامنا مع من يقول بالنقل ، وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ماذكرتم. قلنا : البيع بشرط الخيار غير لازم فى حق العاقد أو فى حق الوارث ، والأول مسلم ولا كلام فيه ، والثانى عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه . وتقريره لانسلم أنه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما ، فكذا الوارث فكان ذلك نقلا فى الأعيان دون الخيار ، وذلك لأن سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لأن ذلك الجزء من المال مستحق للمشترى بالعقد ، فإذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله ، وقد وجد هذا المعنى فى حق الوارث لأنه يخلف المشترى فى ملك ذلك الجزء . بخلاف خيار الشرط

قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا ، وفى القياس لايجوز وهو قول زفر ، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه ، فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشترى .

البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم (قوله ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره) يعنى لغير الذى ليس هو عاقدا وإلا فغيره يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذى هو غيره (جاز ، وأيهما نقض) البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهى أيهما أجاز خبره ، وإذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء فى خبره نحو الذى يأتينى فله درهم (وأصل هذا) أى جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسان . وفى القياس : لايجوز وهو قول زفر) وقول الشافعى ، وبقولنا قال مالك وأحمد وهو الأصح من مذهب الشافعى ، إلا أن فى ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين : فى وجه يثبت لهما ، وفى وجه يثبت للغير وحده . وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان : فى وجه يفسخ البيع ، وفى وجه يصح البيع ويبطل الشرط . وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشترى) واشتراط ملك المبيع لغير المشترى ، واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين ، ولأن هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك ، وقياسا على خيار الرؤية والعيب . وجه الاستحسان أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأى ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأى والتدبير غير واثق بها فى ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه ، وأجنبيته عن العقد إنما تمنع إن سلمنا صحة مانعيته لو أجزناه أصلا مستقلا ، لكنا

فإن السبب وهو الشرط لايوجد فى حق الوارث ، وكذا خيار التعيين لاينتقل بل الخيار سقط بالموت ، لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين ، وكمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين ، وهذا الخيار غير ذلك الخيار ؛ ألاترى أن المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتا ، والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت . قال (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) تقرير كلامه : ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز : يعنى من المشترى وذلك الغير على المحذوف ، واشتراط الخيار للغير لايجوز فى القياس وهو قول زفر ، لأن الخيار إذا شرط فى العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا ، وما كان من مواجب العقد لايجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشترى أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره ، لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار للأجنبى لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج إلى نفس الخيار . وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء ، إذ لاوجه لإثباته للغير أصالة فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الأجنبى نائبا عنه فى التصرف تصحيحا له بقدر الإمكان . وفيه بحث من وجهين : أحدهما : أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ، ألا ترى أن من قال لعبد له حنث فى يمينه كفر عن يمينك بالمال لايكون ذلك تحريرا اقتضاء لأن

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول : ويجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور فى وقوع الإنشاء خبرا وهو تقرير القول (قال المصنف : لأن الخيار من مواجب العقد) أقول : فيه بحث (قوله واجبا من واجباته) أقول : فيه بحث ، والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه : أى كبعض مواجب العقد . (قوله تصحيحا له بقدر الإمكان) أقول : وهذا وجه ثبوت اقتضاء .

ولنا أن الخيار لغير العاقد لايثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده فى زمان لايزاحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية وتصرف الفاسخ فى أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه .

لم نعتبره إلا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت لهما . واستشكل باستلزامه ثبوت ماهو الأصل بطريق الاقتضاء، والثابت به إنما هو يكون تبعا. قلنا : الملازمة ممنوعة لأن المراد التبعية ، والأصالة بالنسبة إلى ما هو المقصود أولا وبالذات لا بالنسبة إلى الوجود ، فالمقصود بالذات فى قوله أعتق عبدك عنى بألف إنما هو العتق ، فكان التملك مقصودا لغيره تبعا لقصده ليصح العتق عنه ، وإن كان أصلا بالنسبة إلى الوجود فكذا هنا المقصود أولا وبالذات ليس إلا الاشتراط للأجنبى لأنه هو الذى يحصل به مقصود العاقد بالفرض ، فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به ، فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الأصل فى الاقتضاء . هذا هو التحقيق إن شاء الله تعالى ، ولا حاجة فى جوابه إلى تكلف زائد . فإن قيل : فلم لم يجر اشتراط الثمن على الأجنبى وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء ؟ أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل ، فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الأجنبى أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فإنه إنما يعنى به ثبوته على المشترط عليه على ماهو ثابت على العاقد . نعم لو كفله كفا لةصريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أى صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار ، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذى هو (الفسخ فى أخرى) هى رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الأجنبى (وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه)

التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ، ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء . والثانى أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك . وأجيب عن الأول بأن الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل نظرا إلى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعية فرعه . وأما التحرير فإنه الأصل فى وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه . وعن الثانى بأن الدين لايجب على الكفيل فى الصحيح بل هى التزام المطالبة، والمذكور هاهنا هو الثمن على الأجنبى وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى ، ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض . فإن قيل : فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين . فالجواب أن المشترى أصل فى وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه (وإذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلف فعلهما فى الإجازة والنقض اعتبر السابق لعدم مايزاحمه (ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية) ففى رواية بيوع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسخا كان أو إجازة (و) فى رواية مادون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الأول أن تصرف العاقد أقوى

(قوله والثانى أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط الخ) أقول : فى ظاهر عبارته تناقض ، بيانه أنه جعل الخيار ثابتا للعاقدين اقتضاء ، ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء . ودفع التناقض أن النيابة تثبت اقتضاء وإن كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير ، وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لأنه لم يثبت صريحا فتأمل ذلك (قوله فالجواب أن المشترى أصل الخ)

وجه الثانى أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لاتلحقه الإجازة ، ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف . وقيل الأول قول محمد والثانى قول أبى يوسف ، واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا ؛ فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف يعتبرهما ؛

والتصرف الصادر عن أصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة ؛ واستشكل بما إذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقاها معا فالواقع طلاق أحدهما لاطلاق الموكل عينا ، ولو كان المرجح الأصيل تعين طلاقه . أجيب بأن الوكيل فى الطلاق سفير كالوكيل فى النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثانى أن) لاترجيح بكونه أصيلا أو وكيلا لأن الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف ، و (الفسخ أقوى) لأنه يلحق المجاز فيبطله والإجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه . قال شمس الأئمة الصحيح ماذكر فى المأذون ثم قالوا (الأول قول محمد و الثانى قول أبى يوسف ، واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلفا فيها هى ما إذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر ؛ فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للأصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة . وقيل عند محمد يصح فى النصف

والأقوى : يقدم على غيره ، وفقه ذلك أن تصرف النائب إنما يحتاج إليه عند انتفاء تصرف المنوب ، وأما عند وجوده فلا احتياج إليه . واستشكل بما إذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فإن الواقع طلاق أحدهما لابعينه . وأجيب بأن الترجيح يحتاج إليه عند تنافى الفعلين كالفسخ والإجازة ، وأما إذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة إليه . و (وجه) القول (الثانى أن الفسخ أولى لأن المجاز يلحقه الفسخ) كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لاتلحقه الإجازة) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لاتلحقه الإجازة ، ولا خفاء فى قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ، ونوقض بما إذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند المشترى قبل قبض البائع بحكم الإقالة فإن على المشترى الثمن إن كان الخيار له والقيمة إن كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو إجازة للمفسوخ . وأجيب بأن الكلام فى أن الإجازة لاتلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا إجازة (وقيل الأول قول محمد ، والثانى قول أبى يوسف) فى المبسوط . قيل والثانى أصح ، ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف إشارة إلى ذلك : يعنى لما كان كل منهما أصلا فى التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والأجنبى من حيث شرط الخيار له لم يترجح الأمر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف . لايقال : الفسخ والإجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لأن جهة تملك العقد عارضته فى ذلك (قوله واستخرج ذلك) يعنى أن المنسوب إليهما ليس بمنقول عنهما (و) إنما (استخرج بما إذا باع الوكيل من أحد و الموكل من غيره معا ؛ فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ، إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن ، وإن شاء نقض البيع . ووجه الاستخراج أن تصرف الفاسخ أقوى عند أبى يوسف من هذه المسئلة أنه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد ، فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك فى مسئلة بيع الموكل

أقول : فيه بحث ، لأنه لم لايجوز أن يقال هنا أيضا الاعتبار للمقاصد والنير هو مقصود البائع بمطالبته الثمن ، وجوابه أن الثمن على المشترى بحسب وضع الشرع .

قال (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار فى أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه : أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار وهو الوجه الأول فى الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد، إذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم . والوجه الثانى أن يفصل الثمن ويعين الذى فيه الخيار وهو المذكور ثانيا فى الكتاب ، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم ،

وينفسخ فى النصف : أى فيما إذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله ومن باع عبدين بألف على أنه بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ ، والمسئلة على أربعة أوجه) فى ثلاثة البيع فاسد ، وفى واحدة صحيح (أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار)وهى المذكورة فى الجامع الصغير ، ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب فى قوله (وهو الوجه الأول) المذكور (فى الكتاب) والأظهر أنه يريد به البداية لأن الهداية شرحها (وفسادها لجهالة المبيع والثمن) جميعا ، وذلك أن الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع ، والبيع إنما هو فى الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ، ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالأجزاء . وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى هذا لانتفاء المفسد من جهالة أحد الأمرين . فإن قيل : إن انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد فى الذى فيه الخيار ، وهو غير داخل فى الحكم شرطا لانعقاده فى الذى ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حرّ وعبد ، وحيث لا يجوز البيع فى العبد أجاب عنه المصنف

والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف ، فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ فى نفسه لما ذكرنا أنه وارد على الإجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لأنه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به ، كذا فى النهاية . وهو كلام لا وضوح فيه لأن عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه ، نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الإجازة لا على وجه الاستخراج، ولعل الأوضح فى وجه ذلك أن يقال : الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الأجنبى من العاقد هاهنا فى كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبى يوسف ، واعتبارهما يدل على أنه لا ينظر إلى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقى النظر فى حال التصرف نفسه ، والفسخ أقوى لما ذكرنا . قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لأن فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار . فإما أن لا يحصلا أو حصلا جميعا ، أو حصل التفصيل دون التعيين ، أو العكس من ذلك . فإن كان الأول بأن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالتهما أولى، وذلك لأن الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فكان الداخل فى العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله . وإن كان الثانى وهو أن يبيع كل واحد منهما

(قوله لأن عدم رجحان تصرف المالك) أقول : حاصله أنه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك فى ترتب قوله رجحناه ، وكلمة لما تدل على الترتيب (قوله لأن فيها تفصيل الثمن الخ) أقول : والسبب فرع تصور الإيجاب (قوله فكان الداخل فى العقد) أقول : أى فخلص الحكم .

وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قنّ ومدبر . والثالث أن يفصل ولا يعين . والرابع أن يعين ولا يفصل ، فالعقد فاسد فى الوجهين : إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن .

بعد الإشارة إلى السؤال بقوله (وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أى من فيه الخيار (محلا للبيع) فهو (كما لو جمع بين قنّ ومدبر) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع فى القن بحصته وإن كان قبول العقد فى المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر فى البيع لمحليته له فى الجملة ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا ، بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحرّ والعبد ، لأن الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل فى البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد ، وفى الجمع بين القن والمدبر فى البيع خلاف سيأتى إن شاء الله تعالى فى آخر البيع الفاسد . وثالثها يفصل ولم يعين الذى فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار . ورابعها أن يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى هذا ، والفساد فيه لجهالة الثمن لأن المبيع وإن كان معلوما بتعين من فيه الخيار إلا أن ثمنه مجهول لما قلنا إن الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية. فإن قلت : ما الفرق بين الذى لم يعين فيه الثمن وبين ما إذا جمع بين عبدين فى البيع بثمن واحد فإذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جاريتين فإذا إحداهما أم ولد حيث يصح البيع فى القن بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح فى المسئلة المذكورة فى الكتاب بالحصة ؟ أجيب بأن من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال : قياس ما ذكر هنا أن لا يجوز العقد فى تلك المسائل فى القن ويصير ماذكر هنا رواية فى تلك المسائل . ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى ،

بخمسمائة على أنه بالخيار فى أحدهما بعينه جاز البيع لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم . فإن قيل : العبد الذى فيه الخيار غير داخل فى الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد فى الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحرّ فى عقد القن إذا جمع بينهما فى البيع . أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا فى العقد وإن لم يدخل فى الحكم ، فصار كما إذا جمع بين قن ومدبر فى البيع ، فإن المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد فى الآخر ، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وقن فإن الحرّ ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا فى العقد ولا فى الحكم . ولقائل أن يقول : فى الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا . والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا . وله لمظنة فضل تأمل منك فاحتط . وإن كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة على أنى بالخيار فى أحدهما فالبيع فاسد أيضا لجهالة المبيع . وإن كان الرابع فلجهالة الثمن . فإن قيل : لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد فى الآخر لفسد فى القنّ إذا جمع بينه وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن. أجيب بأن عدم التفصيل مفسد إذا أدى إلى البيع بالحصة ابتداء فيما إذا منع عن انعقاد العقد فى حق الحكم مانع كشرط الخيار فإنه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار فى حق الحكم كالمعدوم ، فلو انعقد فى حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهى مجهولة ، وليس فيما إذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده

(قوله وأنه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول : وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يتروى فى الجواب أن شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر فتأمل .

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذا الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع ، وهو قول زفر والشافعى . وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ،

فأثر الفساد لأن شرط الخيار يمنع الانعقاد فى المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد فى الآخر بالحصة ابتداء ، بخلاف تلك المسائل فإن المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه فى البيع لما ذكرنا من محليتهم فى الجملة ، ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه . وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما فى فتاوى قاضيخان : باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشترى ثم مات أحدهما لايجوز البيع فى الباقى وإن تراضيا على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد فى الباقى بالحصة ؛ ولو قال البائع فى هذه المسألة نقضت البيع فى هذا أو فى أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق ، كما كان ، كما لو باع عبدا واحدا أوشرط الخيار لنفسه فنقض البيع فى نصفه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء ، وهذا خيار التعيين : يعنى أى الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للمبيع . أما إذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار فى أيهما شئت لايجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدى وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع فى الكل) فى أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد فى الأربعة (وهو) أى القياس (قول زفر والشافعى رحمهما الله . وجه الاستحسان أن شرع الخيار فى خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان) قد (يحتاج إلى رأى غيره) فى اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتحجبها خصوصا إذا كانت أهله لاينبغى له أن يتركها تلج

فى حق الحكم ، ولهذا لو قضى القاضى بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن فى البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصة . قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشتريت أحد هذين الثوبين على أن لى أن آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا ، وكذا الأثواب الثلاثة ، وأما إذا كانت الأثواب أربعة فالبيع فاسد ، والقياس أن يفسد البيع فى الاثنين والثلاثة فساده فى الأربعة لأن المبيع أحد الأثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها فى نفسها ، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله . وجه الاستحسان أنه فى معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز إلحاقا به ، وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق له والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، لأنه ربما (يحتاج إلى اختيار من يثق به) لخبرته أو اختيار من يشتريه لأجله

(قوله بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول : فيه أنه ينبغى أن يزيد قوله ولى الخيار كما فعله المصنف ، فإن المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين ، إلا أنه غيره إلى هذا إشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجىء. (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول : لوكان منع الجهالة لإفضائها إلى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع فى الأربعة إلى مرخص إذ ليس فيه هذه الجهالة ، فالأولى أن لايقيد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره . (قوله أو اختيار من يشتريه لأجله

ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالنبيع فكان فى معنى ما ورد به الشرع ، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها ، والجهالة لاتفضى إلى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار ، وكذا فى الأربع ، إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما . ثم قيل : يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير . وقيل لايشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير ، فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لاشرطا ؛ وإذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيها كانت عندهما .

الأسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع إليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حمله إليه إلا مبيعا فكان فى معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة فى الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة . وقول المصنف (والجهالة لاتفضى إلى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعى بها ، وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لايجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى لأن البائع لاحاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاعمه منه فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص فى المجرد على أنه لايجوز فى جانب البائع . وذكر الكرخى أنه يجوز استحسانا لأنه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط ، وأنت عرفت الفرق . ثم اختلف المشايخ فى أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعنى البيع الذى فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه فى الصورة . قيل نعم كما (هو المذكور فى الجامع الصغير) تصويرا على ماذكرناه ، ونسبه قاضيخان إلى أكثر المشايخ . وقال شمس الأئمة فى جامعه هو الصحيح (وقيل لايشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير) وغيره ، والمذكور فى الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لاقيدا ، وصححه

كامرأته وبنته (والبائع لايمكنه من الحمل إليه إلا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (فى معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم أن (الجهالة تفضى إلى المنازعة) لأنه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضى إلى المنازعة ، فأما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر . وأما الحاجة فإنما تتحقق فى الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردىء فيه ، والزائد يقع مكررا غير محتاج إليه فانتفى عنه جزء العلة ، والحكم لايثبت إلا بتمام علته . واعلم أن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة فى الجامع الصغير وفى المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام . وذكر فى الجامع الكبير وسكت عن ذلك . وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه ؛ فقال أكثرهم : لايصح العقد مالم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فما دونها عند أبى حنيفة ، وزيادة على ذلك فى قولهما ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى . وقال بعضهم : يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة ، وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لاقصدا وهو اختيار فخر الإسلام . حجة الأولين أن جوازه بطريق الإلحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه ، وفيه نظر لأن عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس

كامرأته وبنته ، والبائع لايمكنه من الحمل إليه) أقول : ضمير إليه راجع إلى من فى قوله من يشتريه (قوله وإن لم يذكر الزيادة) أقول : يعنى قوله ولى الخيار إلى ثلاثة أيام (قال المصنف : وهو المذكور فى الجامع الصغير) أقول : لم لايجوز أن يكون المذكور فى الجامع الصغير هو الخيار المعهود لاخيار التعيين (قوله وفيه نظر الخ) أقول : ولك أن تقول : مراد الأولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لاخيار الشرط على ماقرره العلامة الزيلعى فى شرح الكنز فلا يرد النظر إذ يعود الضمير على هذا إلى خيار التعيين .

ثم ذكر فى بعض النسخ : اشترى ثوبين وفى بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع فى الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ، والأول تجوّز واستعارة .

فخر الإسلام فقال : الصحيح عندنا أنه ليس بشرط ، وهو قول ابن شجاع . وجه الاشتراط وهو قول الكرخى أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد ، وإنما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضى أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون فى محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة ، وكان يلزم أن لايصح البيع بخيار النقد إلا فى بيع فيه خيار الشراط ، لأن صحة البيع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلابيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ، ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه ، وهو جواز أن يردّ كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيينْ الثوب الذى فيه البيع ، لأن حاصل التعيين فى هذا البيع الذى فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذى فيه الخيار لا أنه يسقط خياره . ولو ردّ أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع فى الآخر بشرط الخيار ، ولو مضت الثلاثة قبل رد شىء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع فى أحدهما وعليه أن يعين ، ولو مات المشترى قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لايورث والتعيين ينتقل إلى الوارث لتميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ، ولهذا لايتوقف فى حق الوارث كما ذكره المصنف لأنه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره ، فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته ، وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبى حنيفة كما فى خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أىّ مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة ، وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم فى أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت ، وحينئذ فإطلاق الطحاوى قوله خيار الشرط موقت بالثلاث فى قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر ، وقد طولب بالفرق على قول أبى يوسف حيث قصر المدة

بشرط فى الإلحاق ، كما أن القضاء والكفارة يحتاجان إلى الأكل والشرب عامدا فى رمضان من جماع مع أن النص إنما ورد به . وحجة الآخرين أن خيار التعيين مما لايتوقت فلايتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ، ومعناه أن العقد فى خيار التعيين مع خيار الشرط لازم فى غير عين من غير توقيت على الأيام الثلاثة . وأما إذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلابد منه ، وهذا لأن الحال لايخلو إما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين أولا ، فإن لم يذكر فلابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله ، وبمدة معلومة أىّ مدة كانت عندهما كما فى الملحق به . فإن قيل : ينبغى أن لايجوز خيار التعيين فى الزائد على الثلاثة عند أبى يوسف لأنه أخذ بالقياس فى قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلابيع بينهما . أجيب بأن قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلايكون الأثر الوارد فى خيار الشرط واردا فيه ، بخلاف خيار التعيين فإنه من جنس خيار الشرط لأن فى كل منهما خيارا بغير

(قوله وحجة الآخرين ، إلى قوله : ومعناه أن العقد الخ) أقول : كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط ، كذا فى الذخيرة والمحيط البرهانى ، وهذا هو الوجه . وأما ما ذكره الشارح فخلله بين ، فإن التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ، ولهذا استدل على وجوب التوقيت فى خيار التعيين بعبارة محمد فى الجامع الصغير على ما فصل فى المحيط والذخيرة ، فيجبر على التعيين بعد مضى الأيام الثلاثة ، وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق فتأمل . ثم أقول : محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط إذا كان مجامعا له على ما كان قبله إذا لم يعين المشترى أحدهما ، فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل (قال المصنف : والأول تجوز واستعارة) أقول : ويجوز أن يكون على حذف المضاف والقرينة القريبة.

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب . ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما .

على الثلاث فى خيار النقد أخذا بالقياس ولم يقصر فى خيار التعيين عليها . أجيب بأن فى خيار النقد تعليقا صريحا بأداة الشرط فلا يكون الوارد فى خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس فى صريح التعليق فكان فى معناه ، وهذا يوجب أن أخذه فى خيار النقد فى الثلاثة بأثر لا بن عمر فيه . ونفى الزائد بالقياس . وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سلمان مولى ابن البرصاء قال : بعت من عبدالله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع . ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ، إلا أنه لا يطابق قول المصنف فى مسئلة خيار النقد فيما تقدم ؛ فأبو يوسف رحمه الله أخذ فى الأصل بالأثر وفى هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعييب فيعرف منه أن هذا إذا كان بعد أن قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذى حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب . فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شىء لأنه تعين أنه أمانة ، أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع . والمشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بثمنه وإن شاء ترك ، ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معا) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر . وكذا إذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما . وأثر هذا إنما يظهر إذا كان ثمنهما متفاوت الكمية ، فإن كانا متفقين فلا . وكذا إذا هلكا على التعاقب فاختلفا فى الهالك أولا فادعى البائع أنه أكثرهما ثمنا وقال المشترى الأقل فإن القول قول المشترى مع يمينه على ما استقر عليه قول أبى يوسف ومحمد : وكان أبو يوسف يقول أولا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر . وإن حلفا يجعل كأنهما هلكا معا ، ثم رجع إلى ماذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل ، فإن أقاماها قضى ببينة البائع لإثباتها الزيادة ، ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر ، ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا

حرف التعليق . فكان الأثر الوارد فى خيار الشرط واردا فيه (ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شىء ، وهذا لأن المعيب ممتنع الرد لأن رده إنما يكون إذا لم يتعين مبيعا وهو فى دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة . فإن قيل : قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهنا تجب القيمة عند الهلاك . أجيب بأنه أقل من ذلك لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع ، وهذا ليس كذلك لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه بإذن المالك فكان أمانة . فإن قيل : كيف انعكس حكم المسئلة فيما إذا طلق الرجل إحدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فماتت إحداهما فإن الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة ، وكذلك فى العتاق . أجيب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك ، والثوب إذا أشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ، ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعا فشاع البيع

(قوله فكان التعيب اختيارا دلالة) أقول : فيه بحث (قوله لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ) أقول : أى ليستديم اشتراءه ، فإن مقصوده استدامة اشتراء أحدهما ، وقد تعين ذلك الأحد بالتعيب فبقى الآخر أمانة) أقول : أجيب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق . أقول : فيه تأمل ، فإن خروجها عن محلية وقوع الطلاق بالإشراف على الهلاك غير مسلم .

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا . ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقى خيار التعيين للاختلاط ، ولهذا لايتوقف فى حق الوارث . وأما خيار الشرط لايورث وقد ذكرناه من قبل؛

لأن المعيب محل لابتداء البيع أيضا ، بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا لتعيينه، ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ، ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما ، بخلاف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف ثمن كل . فإن قيل : من أين يتعين المعيب للبيع دون الأمانة وأحدهما لاعلى التعيين مبيع كما أن أحدهما لاعلى التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعلل به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم . إذ اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة . أجيب بأن اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فإنه سبب لإيجاب الضمان ، ذكره القاضى عبد الغنى فى مختلفاته . وأما عدم الضمان على الأمين فباستصحاب الحال . فإن قيل : لم لم يضمن الآخر إذا هلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء؟ الجواب بمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لأحدهما ، وليس هنا شيء على سوم الشراء لأن ما على سوم الشراء لاينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة أن قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة ، فإذا فرض وجود مايعين المبيع منهما من الأسباب تعين الآخر للأمانة . فإن قيل : لأى شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعتق أحد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقى لا الهالك وهنا يتعين الهالك للمبيع؟ أجاب على القمى بأنه لافرق فى الحاصل لأن الهالك يهلك على ملكه فى المسائل كلها ، غير أنه إذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقى بالضرورة للطلاق والعتاق ، فإذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقى للأمانة ، وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لأى شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقى ، وهنالك جعل المحل للتصرف الباقى دون الهالك مع أن التصرف فى الكل فى الأحد الدائر بين المعينات ، فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد بالوجه الذى قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقى للضرورة ، وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقى لهما ضرورة ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام .

والأمانة فيهما . وأما إذا ذكر خيار الشرط ، فيثبت له خيار الشرط ، وخيار التعيين لايتوقف على الأيام فله أن يردهما بخيار الشرط فى الأيام الثلاثة لأنه أمين فى أحدهما فيرده بحكم الأمانة ، وفى الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده ، فإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلايملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما ، وإن اختار أحدهما لزمه ثمنه لأنه عين المبيع فيه ولزمه وكان فى الآخر أمينا ، فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن . ولو مات المشترى فى الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط ، وبقى للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما ، أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من أنه لايورث ، وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير . فإن قيل : هل لعموم قوله من له الخيار فائدة ؟ قلت : كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع ، فإن الكرخى ذكر فى مختصره أنه يجوز استحسانا . قالوا : وإليه أشار محمد فى المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البيع قياسا

(قوله وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول : معطوف على ماتقدم فى هذا القول بنصف ورقة تخمينا ، وهو قوله فإن لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف : لأن الباقى خيار التعيين للاختلاط) أقول : يعنى لا للشرط ، ولهذا لايتوقت فى حق الوارث الخ ، فقوله ولهذا إيضاح لكون الباقى خيار التعيين الذى شرطه من له الخيار ، بل خيار ابتدائى كما سبق ، ولهذا لايتوقت ، وهذا ظاهر للمتأمل فلا وجه لما قاله الإتقانى .

قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ماثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة .

فهلك أحدهما فإنه يمتنع عليه رد الآخر ، لأن العقد تناولهما جميعا حتى ملك إتمام العقد فيهما ، فإذا تعذر عليه رد أحدهما لايتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، وهنا العقد إنما يتناول أحدهما حتى لايملك إتمام العقد فيهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما (فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره ، واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنبها لأن له الإجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لأنها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لأنه) أي الشأن (ماثبتت) الشفعة (إلا لدفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدامة) الملك فحيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا ، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة) لأنه القائل بأن المشترى بالخيار للمشترى لايدخل

على خيار الشرط . وذكر في المجرد أنه لايجوز لأن هذا البيع مع خيار المشترى إنما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له ، وهذا المعنى لايتأتى في جانب البائع لأنه لاحاجة له إلى اختيار الأرفق ، إذ المبيع كان معه قبل البيع ، فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس ، ولم يذكره محمد لا في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير ، وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة ، والتركيب الدال على ذلك حقيقة ، ومن اشترى أحد الثوبين ، وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ، ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة ، وفي بعضها ثوبين وهو مجاز ، وأثبتها فخر الإسلام وقال : في وجه المجاز إن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعا قال : اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب إطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى ـ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ـ أضاف الخروج إليهما وإن كان يخرج من أحدهما . قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط (فبيعت دار أخرى بجانبها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الأخذ رضا) يسقط به الخيار لأن أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك ، لأن طلب الشفعة لايثبت إلا لدفع ضرر الجوار ، والجوار يثبت باستدامة الملك ، واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ، ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة . وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة لأن خيار المشترى يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة ، وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره ، لأن الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والإنسان لايدفع ضرر الجار في دار يريد ردها . قال شمس الأئمة : أما وجوب الشفعة للمشترى فواضح على مذهبهما لأنه مالك للدار المبيعة ، وأما عند أبي حنيفة فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما

(قال المصنف : ومن اشترى دارا ، إلى قوله : إلى اختياره الملك) أقول : لايخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فليتأمل ، والظاهر أن المراد بالأخذ القرب منه بطلبه (قال المصنف : فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول : إنما قال من وقت الشراء إذ لامرجح لإثبات الملك في الأوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله لايثبت إلا لدفع ضرر الجوار) أقول : يعني فلابد من الجوار (قوله فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول : ولايخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته ، وثبوته لايجامع الملك عند أبي حنيفة الخ .

قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبى حنيفة ، وقالا : له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية . لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد ،

فى ملك المشترى فلا يشفع بها ، وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة ، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشترى بالخيار ملكها فتتجه له الشفعة بها . والوجه أنهما أيضا يحتاجان إلى زيادة ضميمة لأن الملك وإن كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر ، فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك . وفى المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبى حنيفة ، وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها ، وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشترى هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها . ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد فى الحال كان حسنا ورجع الأخذ بالشفعة إلى سبب الملك . هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع فى الدار المبيعة إلى جانبها ، ولا يسقط به خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها ، وسيأتى أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم ، فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية ، وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به (قوله وإذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضى أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له أن يرده عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده ، وعندهما له ذلك أو اشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضى أحدهما دون الآخر (لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد)

فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة دارهما ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن المشترى لم يصر أحق بالتصرف فيها . ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم يسقط بصريح الإسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتى : قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : له أن يرده) وكذا إذا اشترياه ورضى أحدهما بعيب فيه ، وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه (لهما أن إثبات الخيار لهما إثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه . وفيه نظر لأنا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما ؛ ألا ترى أن من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لأن الشركة فى الأعيان المجتمعة عيب

(قال المصنف : فليس للآخر أن يرده عند أبى حنيفة الخ) أقول : لقائل أن يقول : لم لم يذهب أبوحنيفة أنه إذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى ، وما الذى يترجح به جهة الرضا على الرد (قوله وفيه نظر لأنا لانسلم أن إثبات الخيار لهما الخ) أقول : ولك أن تقول : لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع فى نصيب من رضى بالمبيع لكنه متعدد ، ولا كذلك الوكيلان فليتأمل (قوله وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول : فيه أن ذلك أيضا لما فيه من إبطال حق الآخر .

وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد ، قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) لأن هذا وصف مرغوب فيه

فإن البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لايقدر على ذلك إلا بطريق المهايأة ، والخيار ماشرع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاق الضرر بالآخر . فإن قيل : هذا الضرر حصل فى ملك البائع . قلنا ممنوع لأنه بعد خروجه عن ملكه فإن مع خيار المشترى يخرج المبيع عن ملك البائع . فإن قيل: لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب . أجيب أنه إنما رضى به فى ملكهما . فإن قيل : بل رضى به مطلقا لأن الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند إبرام فشرطه رضا بكل من الأمرين . أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة إلى آخره) يعنى لايلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما ، فإذا جاز هذا كان هو الظاهر . والظاهر أن التصرف من العاقل إذا احتمل كلا من أمرين فى أحدهما ضرر دون الآخر أنه إنما أراد المحتمل الذى لاضرر فيه ، لأن الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل إلى مايضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) أى حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك ، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه) ولو مات هذا المشترى انتقل الخيار إلى ورثته إجماعا لأنه فى ضمن ملك العين ، وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه فى المبيع ، ولو كان موجودا فيه دخل فى العقد وكان من مقتضياته ، فكان شرطه إذا لم يكن فيه غرر صحيحا ، والأصل فى اشتراط الأوصاف أن ماكان وصفا لاغرر فيه فهو جائز ، وما فيه غرر

فإن البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء ، وبعده إذا رد البعض لايتمكن إلا مهايأة ، والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لايلحق الضرر منه بغيره ، وإنما قيد الضرر بالزائد لأن فى امتناع الرد ضررا أيضا للراد ، لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول ، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع وأفجع من الحاصل من نفسه . فإن قيل : بيعه منهما رضا منه لعيب التبعيض . أجيب بأنه إن سلم فهو رضا به فى ملكهما لا فى ملك نفسه . فإن قيل : حصل العيب فى يد البائع بفعله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد قبل القبض قلنا : بل حصل بفعل المشترى برد نصفه ، والمشترى إذا عيب المعقود عليه فى يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره ، لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عمله (قوله وليس من ضرورة إثبات الخيار) جواب لهما . وتقريره أن إثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ، ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم إثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد ، فلايلزم من إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما . قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة مايسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده إذا لم يمتنع الرد بسبب من الأسباب ، فإن امتنع بذلك رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن فى ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا أو خبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية فى ذلك كما فى وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك ،

(قوله ضررا للراد) أقول : أى المريد الرد (قوله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد) أقول : إن أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك ، وإن أراد تفرقه بين البائع والراضى فلانسلم أنه بالعقد بل بفعل المشترى (قوله ليس له أن يرده الخ) أقول : يعنى وكذا لايرد إذا كان الرد موجبا للعيب .

فيستحق فى العقد بالشرط ، ثم فواته يوجب التخيير لأنه مارضى به دونه ، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت فى الأغراض ، فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة فى الحيوانات وصار كفوات

لايجوز إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه ، فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعى على الأصح عنده لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها ، حتى لوشرط أنها حلوب جاز ، كما إذا شرط فى الفرس أنه هملاج وفى الكلب أنه صائد حيث يصبح ، ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به . أما لو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه . قيل لايجوز كالناقة والشاة ، وقيل يجوز لأن الحبل فى الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب ، وقيل إن اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط أنها حامل يعنى ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لأنه شرط زيادة مجهولة فى وجودها غرر فكانت كالناقة ، وإن لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل . ومنه او اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح ، وكان له : هذاومذهب الحسن عن أبى حنيفة فى شرط الحمل فى البقر والجارية أنه يجوز . وروى ابن سماعة عن محمد فى اشتراط أنها حلوبة لايجوز لأن المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن . قال محمد فى مسئلتنا : فإن قبضه المشترى ووجده كاتبا أوخبازا على أدنى ماينطلق عليه الاسم لايكون له حق الرد ، ومعناه : أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز : أعنى الاسم الذى يشعر بالحرفة ، فإن فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيئا يسيرا ناقصا فى الوضع أو يخبز قدر مايدفع عنه الهلاك بأكله ، وإذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن بأن يقوّم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت . وعن أبى حنيفة لايرجع بشيء لأن ثبوت الخيار للمشترى بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد فى خيار الشرط لايوجب الرجوع على البائع فكذا هذا ، والصحيح ما فى ظاهر

أما رده فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر ، وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم فإنه لايوجب الخيار ، وكل ماهو وصف مرغوب فيه يستحق فى العقد بالشرط لأنه لرجوعه إلى صفة الثمن أو المثمن كان ملائما للعقد ؛ ألا ترى أنه لو كان موجودا فى المبيع لدخل فى العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له . ونوقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه وفى أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه . وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولا ، ولهذا لو شرط أنها حلوب أو لبون لايفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوى ، سلمناه لكنه مجهول ليس فى وسع البائع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل . بخلاف ما نحن فيه فإن له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله ، وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح ، وعلى تقدير كونه ولدا لاتعلم حياته وموته ولا سبيل إلى معرفته ؛ وإذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لأن المشترى ما رضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف : أى الذى يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت فى الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف ، كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هى حمل فصار الأصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش فى الأغراض كان راجعا إلى الجنس ، كما إذا باع عبدا فإذا هى جارية ويفسد به العقد ، وإن كان مما لايوجبه كان راجعا إلى النوع كما ذكرنا من المثال فلا

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس فى وسع البائع الخ) أقول : لا يظهر فائدة هذا القيد فليتأمل .

وصف السلامة ، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة فى العقد على ماعرف .

الرواية ، وبه قال الشافعى لأن البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما فى العيب . ولو اختلف المشترى والبائع بعد مدة فقال المشترى لم أجده كاتبا وقال البائع سلمته إليك كاتبا ولكنه نسى عندك والمدة تحتمل أنه ينسى فى مثلها فالقول للمشترى . والأصل فى هذا أن القول لمن تمسك بالأصل وأن العدم فى الصفات العارضة أصل والوجود فى الصفات الأصلية أصل ، وشهادة النساء بانفرادهن فيما لايطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد ، وإن لم تتأيد تعتبر فى ثبوت توجه الخصومة لا فى إلزام الخصم . إذا عرف هذا ، فإذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشترى ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة ، فإن فعل ماينطلق عليه الاسم على ماذكرنا لزم المشترى ولا يرد ولا يعتبر قول العبد فى ذلك ، وإن قال البائع سلمته بها ونسى عندك والمدة تحتمل ذلك والمشترى ينكر ذلك فالقول قول المشترى ويرده لأن الأصل عدم هذه الصفة ، وإن لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة . ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشترى ثيب فإن القاضى يريها النساء ، فإن قلن بكر لزم المشترى بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لأن الأصل البكارة ، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأن الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد ، لكن يثبت حق الخصومة لتتوجه اليمين على البائع ، إذ لابد للمشترى من الدعوى والخصومة ، والخصومة حق ضعيف لأنها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن ، فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر ، فإن لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهى بكر ، فإن نكل ردت عليه ، وإن حلف لزم المشترى وروى عن أبى يوسف ومحمد فى رواية أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع ، وإن لم يكن عند القاضى من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لأن العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشترى إلى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ، ولو قال بعتها وسلمتها إليك وهى بكر وزالت بكارتها فى يدك فالقول قوله لأن الأصل هى البكارة ، ولا يريها القاضى النساء لأن البائع مضر بزوال البكارة ، وإنما يقول زالت فى يدك . واعلم أنه إذا شرط فى البيع مايجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشترى الخيار ، وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشترى وهو ما إذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار . والثياب أجناس : أعنى الهروى والإسكندرى والمروى والكتان والقطن . والذكر مع الأنثى فى بنى آدم جنسان ، وفى سائر الحيوانات جنس واحد . والضابط فحش التفاوت فى الأغراض وعدمه ، فإن اشترى ثوبا على أنه إسكندرى فوجده بلديا ، أو هندى فوجده مرويا ، أو كتان فوجده قطنا ، أو أبيض مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران ، أو دارا على أن بناءها آجر فإذا هو لبن ، أو على أن لابناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل ، أو أرضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة ، أو على أنه عبد فإذا هو جارية ، أو فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فهو فاسد فى جميع ذلك . ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذا هى مولدة بغداد ، أو غلام على أنه تاجر

يفسده ، لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة ، وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة فى العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم ، والله أعلم .

(باب خيار الرؤية)

قال (ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه) بجميع الثمن (وإن شاء رده)

أو كاتب فإذا هو لا يحسنه، أو على أنه فحل فإذا هو خصى أو عكسه، أو أنها بغلة فإذا هو بغل، أو ناقة فكان جملا. أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار . ولو اشترى على أنه بغل فوجده بغلة أو حمار . أو بعير فإذا هو أتان أو ناقة، أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب فإذا هى بخلافه جاز، ولا خيار له لأنه صفة أفضل من الصفة المشروطة . وينبغى فى مسئلة البعير والناقة أن يكون فى العرب وأهل البوادى الذين يطلبون الدرّ والنسل ، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل . ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب والنخيل فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشترى .

(باب خيار الرؤية)

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام ، والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار ، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده) سواء رآه على الصفة التى وصفت له أو على خلافها ، مثل أن يشترى جرابا فيه أثواب هروية أو زيتا فى زق ، أو حنطة فى غرارة من غير أن يرى شيئا ، ومنه أن يقول بعتك درة فى كمى صفتها كذا أو ثوبا فى كمى صفته كذا أو هذه الجارية وهى حاضرة منتقبة فله الخيار إذا رأى شيئا من ذلك . وفى المبسوط : الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع . انتهى . لكن إطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أولا ، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أولا ، مثل أن يقول بعت منك ما فى كمى ، بل عامة المشايخ قالوا : إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده . وطائفة قالوا : لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه ، والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا

(باب خيار الرؤية)

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه ، إذ كان تأثيره فى منع تمام البيع وتأثير خيار العيب فى منع لزوم الحكم . قال القدورى : من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ، معناه أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذى فى كمى هذا وصفته كذا أو الدرة التى فى كمى هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فإنه جائز عندنا ، وله الخيار إذا رآه . وعند الشافعى لا يجوز . وكذا العين الغائب المشار إلى مكانه وليس فى ذلك المكان بذلك الاسم غير ماسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة . قال صاحب الأسرار : لأن كلامنا فى عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا : أى بالإجماع . قال الشافعى : المبيع مجهول

(باب خيار الرؤية)

قال العلامة الكاكى فى المبسوط : الإشارة إليه وإلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لا يجوز بالإجماع انتهى . أقول : فى كون الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط جواز سيما بالإجماع كلام فتأمل .

وقال الشافعي : لايصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه » ولأن الجهالة بعدم الرؤية لاتفضي إلى المنازعة ، لأنه لو لم يوافقه يرده .

كأن يقول بعتك شيئا بعشرة . وقول المصنف (وقال الشافعي : لايجوز العقد أصلا) هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا أنه لايجوز ، وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لايجوز . وعن مالك وأحمد مثل قولنا ، واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال ، وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما . وذكر المصنف في وجه قوله أن المبيع مجهول مقتصرا عليه : يعني وكل ما كان كذلك لايجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ونهيه عن بيع ماليس عند الإنسان ، وما ذلك إلا للجهالة . قلنا : أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ماليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حضرتك ، ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته ، وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره ، وذلك ليس إلا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ، ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ، ونقطع بأن لاضرر فيما أجزنا من ذلك إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه ، فأما إذا أوجبنا له الخيار إذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو إدراك حاجة كل من البائع والمشتري ، فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما تفوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من إثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر فأنى يتناوله النهي عن بيع الغرر والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا ، فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لاخيار فيه لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري ، والنهي قطعا ليس إلا لذلك ، فظهر أن كلا من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولا بلادليل ، وكفانا في إثباته المعنى ، وهو أنه مال مقدور التسليم لاضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ، ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر ، وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلا . حدثنا إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم

والمجهول لايصح بيعه كالبيع بالرقم (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ») وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض . فإن قيل : هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو أنه قال : قال عليه الصلاة والسلام « لاتبع ماليس عندك » والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لإجماعنا على أن المشتري إذا كان قد رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضرا عند العقد . قلنا : بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث ، فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال « يارسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه ، فقال عليه الصلاة والسلام : لاتبع ماليس عندك » وقد أجمعنا على أنه لو باع عينا مرئيا لم يملكه ثم ملكه فلم يجز ؟ وذلك دليل واضح على أن المراد به ما ليس في ملكه ، والمعقول وهو أن الجهالة بعدم الرؤية لاتفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار ، فإنه إذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة يقتضي خياره ، وإنما أفضت إليها لو قلنا بانبرام العقد ولم يقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه بأن اشترى ثوبا مشارا إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة لكونها لاتفضي إلى المنازعة ،

(قوله فإن قيل هو معارض الخ) أقول : فيه كلام لأن النهي يقتضي المشروعية .

فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار إليه (وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده) لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها ، وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ،

« من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه وإن شاء تركه » والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم ، وتضعيف ابن أبى مريم بجهالة عدالته لا ينبنى علم غير المضعفين بها . وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصرى وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأى ابن سيرين أيضا ، وعمل به مالك وأحمد ، وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبى مريم ، فدل قبول العلماء على ثبوته . والحق أن عمل من ضعف ابن أبى مريم على وفق حديثه ينبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له ، وهى مسئلة مختلفة بين الأصوليين ، والمختار لا ما لم يعلم أن عمله عن الحديث ، وقد روى الحديث أيضا مرفوعا ، رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ورواه الدارقطنى من طريق أبى حنيفة إلا أن فى طريقه إلى أبى حنيفة عمر بن إبراهيم الكردى نسب إلى وضع الحديث . هذا ولا بد من كون المراد فى الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز ، عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازى ، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها . مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته ، وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيرا لأن تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن ، وكذا اشتراه الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية . وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار إليه) يعنى فيما لو اشترى ثوبا مشارا إليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك فى مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لأنه لا خيار فى المشبه به ، أعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس فى هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف ، وقوله (وكذا إذا قال رضيت) إلى آخره ، أى وكذا له الخيار إذا رآه : يعنى إذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه له أن يرده لأن ثبوت الخيار معلق فى النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار إذا رآه ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لا يتحقق قبل الثبوت . وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والإجازة قبل الرؤية . فإنه إذا أجاز قبلها لا يلزم ،

وعورض بأن البيع نوعان : بيع عين ، وبيع دين ، وطريق المعرفة فى الثانى هو الوصف وفى الأول المشاهدة ، ثم ما هو طريق إلى الثانى إذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد ، وكذلك ما هو طريق إلى الأول وهو المشاهدة إذا تراخى فسد . وأجيب بأن المعارضة ساقطة لأن السلم إنما لا يجوز عند ترك الوصف لإفضاء الجهالة إلى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا إذا قال) تفريع على مسئلة القدورى : يعنى كما أن له الخيار إذا لم يقل رضيت فكذا إذا قال ذلك ولم يره ثم رآه ، لأن الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذى رويناه والمعلق بالشىء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ، ولأنه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها ، وهو ثابت بالنص عندها فما أدى إلى إبطاله فهو باطل . (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره : لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها . وتقرير الجواب أن حق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لأنه لم يقع منبرما فجاز فسخه لوهاء فيه ؛ ألا ترى أن كل واحد من العاقدين فى عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وإن لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا ، بخلاف الرضا فإنه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز إثباته على وجه يؤدى إلى

ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لايتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت .

وإذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين فى تعليقهما بالشرط فى الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط . وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط ، فإن الشيء قد يثبت بأسباب كثيرة ؛ فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الإجازة والفسخ بها ، لأن معنى الخيار أن له أن يجيز وأن يفسخ ، ثم لم تثبت الإجازة بسبب آخر فبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية ، بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية ، فإذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره إذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك . وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشترى ، وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة وإلا فهو لازم وقد فرض غير لازم، هذا خلف . وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى فى عدم نقل خلاف فى جواز الرد قبل الرؤية ، ونقل فى التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وأنه لا رواية فيه . وأما قول المصنف (ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لايتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية) فلو تم لزم أن لايصح البيع بشرط البراءة من العيوب لأن حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ، ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية ، وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية . قلنا : نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع باتّ فليس له فسخه ، فإن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة التى هى الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم إلى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والإجازة معا . واعلم أن خيار الرؤية يثبت فى أربعة مواضع ليس غير شراء الأعيان والإجازة . والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة ، وعرف من هذا أنه لايكون فى الديون فلا يكون فى المسلم فيه ولا فى الأثمان الخالصة ، بخلاف ما لو كان البيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار . ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ، ومحله كل ما كان فى عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعيانا لأنه لايفيد فيها ، لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا، وليس للبائع أن يطالب المشترى بالثمن ما لم يسقط

بطلانه كما مر آنفا ، وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لايوجد بدونها فكذا ملزومه لأن ماهو شرط اللازم فهو شرط للملزوم (قوله ولأن الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر ، وتحقيقه أن الإمضاء للرضا والرضا بالشيء (لايتحقق قبل العلم بأوصافه) لأن الرضا استحسان الشيء واستحسان مالم يعلم مايحسنه غير متصور . وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا ، وهو لايحتاج إلى معرفة المحسنات . لايقال : عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح مالم يعلم مايقبحه غير متصور ، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه إلى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح . ذكر فى التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لارواية فيه ، ولكن المشايخ اختلفوا ؛ فقال بعضهم : لايصح قياسا على الإجازة ، وقال بعضهم : يصح

(قوله وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول : بل ذلك لعدم وقوعه منبرما لوهاء فيه على مافصله المجيب ، غاية مافى البيان أن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية ، وهذا لايستلزم عدم وجوده بدونه فليتأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لايوجد بدونها الخ) أقول : هذا أيضا ممنوع لما سيجيء فى الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر (قال المصنف : ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لايتحقق) أقول: فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مفروض ؛ فإن غير المرئى قد يعلم بالوصف ، ويجوز أن يقال : المراد هو العلم الشخصى بأوصافه .

قال (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) وكان أبوحنيفة يقول أوّلا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال . ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه . وروى « أن عثمان بن

خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده ، لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف . كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع ما لم يره) بأن ورث عينا من الأعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له . وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أوّلا : له الخيار اعتبارا بخيار العيب) فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة (وخيار الشرط) فإنه يجوز لهما . ولو اختصر على خيار العيب كان أقرب لأن ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع ، بخلاف خيار الشرط ، وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير أنه جوز متأخرا للمصلحة التي ذكرناها . ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعني في حق البائع (وثبوتا) في حق المشترى (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (إلا بالعلم بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية) يخال أنه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم . وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا . ويرد عليه أن حكم الأصل : أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما ، فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا إذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا ، وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الأصل والفرع ، ولولم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه ، فلذا حق له أن يرجع . وذكر للمرجوع إليه وجهين : أحدهما : (أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه) ولا يخفى أنه نفي للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم

دون الإجازة وهو مختار المصنف . قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا . وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا : له الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه لايختص بجانب المشترى ، بل إذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار إن شاء جوّزه وإن شاء رده كالمشترى وإذا وجد المبيع معيبا ، لكن العقد لاينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن ، وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أي الخيار للبائع إنما هو باعتبار (أن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أي من جهة البائع (وثبوتا) أي من جهة المشترى (وتمام الرضا لايتحقق إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لاتحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم . فإن قيل : البائع مثل المشترى في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة . أجيب بأنهما ليسا بسببين فيه ، لأن الرد من جانب المشترى باعتبار أنه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ، والبائع لو ردّ لرده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار ، وإذا لم يكن في معناه لايلحق به ، قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وهاهنا وجد القياس على المشترى والخيارين فليجز من البائع . وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس ، سلمناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل ، وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان إجماعا على ماذكر في المتن فبطل الإلحاق

عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره . وقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى بعت ما لم أره . فحكما بينهما جبير بن مطعم . فقضى بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم . ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفا لا يمكن رفعه كالإعتاق

لانتفاء الشرط . والثانى ما أخرجه الطحاوى ثم البيهقى عن علقمة بن أبى وقاص « أن طلحة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا ، فقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال عثمان : لى الخيار ، لأنى بعت ما لم أره ، وقال طلحة رضى الله عنه : لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنهم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان » . والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، لأن قضية يجرى فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعا سكوتيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب إليه بعض المشايخ من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه ، والمختار أنه لا يتوقت (بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، و) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره فى التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله (ثم إن كان تصرفا لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالإعتاق) للعبد الذى اشتراه

دلالة وقياسا ، ولهذا رجع أبوحنيفة حين بلغه الحديث . قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية يوقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالعيب . والأصح عندنا أنه باق مالم يوجد ما يبطله لأنه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا ، ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية . ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط فى بابه . والضابط فى ذلك أن المشترى بالخيار إذا فعل فى المبيع ما يمتحن به مرة ويحل فى غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار ، وإلا لبطلت فائدة الخيار لأنها إمكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان ، فإن لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فاتت فائدة الخيار . ويعلم من هذا أنه إذا فعل مالا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحل فى غير الملك بحال أو يمتحن به ويحل فى غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار ، فعلى هذا إذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لأنه مما يمتحن به ويحل فى غير الملك فى الجملة ، فلو استخدمها مرة ثانية فى ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة إليها ولحصول الامتحان بالأولى ، ولو وطئها بطل خياره لأنه وإن كان مما يمتحن به لأن صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر ، لكن لا يحل الوطء فى غير الملك فكان اختيارا له . قيل : يشكل على هذا الكلى مسئلتان : إحداهما : أنه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية فى ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط . والثانية إذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية . والمسئلتان فى فتاوى قاضيخان . وأجيب بأن الأصل فيهما هو أن

(قوله فأشبه الرد بالعيب) أقول : فيه تأمل (قوله والضابط فى ذلك) أقول : يعنى أن الضابط يفهم مما ذكر إلى قوله ويعلم (قوله ويحل فى غير الملك) فى الجملة . أقول : يعنى بإجازة المالك (قوله قيل يشكل على هذا الكلى ، إلى قوله : والثانية إذا عرض الخ) أقول : ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية ، وذلك يكفى فى صحة الكلية ، فإنه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقا .

والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لايبطله قبل الرؤية لأنه لايربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا

ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشترى لخلوص الحق فيه للمشترى. وقوله (كالبيع المطلق) إنما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لأن به لايخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم (والرهن والإجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ: وإذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد فى الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم «له الخيار إذا رآه» مقيدا بما إذا لم يوجب موجب شرعى عدمه إذا رآه، وحاصله تقدير مخصص بالعقل (وإن كان تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة، وهبته بلاتسليم لايبطله قبل الرؤية) لأنه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالته على

خيار الرؤية لايبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الأولى لأنه دونه: ثم الأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لايعملان فى إبطال خيار الرؤية، وفيه نظر لأنه ليس بدافع. والحق أن الإشكال ليس بوارد لأنه قال: وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية. وهو ليس بكلى مطلق بل مقيد بأن يكون تعيبا أو تصرفا: يعنى فى المبيع، والأخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين. ثم التصرف الذى يبطل خيار الرؤية على ضربين: تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها، وتصرف لايبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها. فأما الأول فهو الذى لايمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو الذى يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط، والبيع بخيار الشرط للمشترى والرهن والإجارة، وهذا لأن هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف فى العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لايقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة، وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار، حتى لو افتك الرهن أو مضت مدة الإجارة أو رد المشترى عليه بخيار الشرط ثم رآه لايكون له الرد. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذى رويناه: والثانى أن هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالته، وكل واحد منهما لايبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته؟ وأجيب عن الأول بأن ذاك فيما أمكن العمل بحكم النص، وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة إلى محلها انعقدت صحيحة، وبعد صحتها لايمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة. وعن الثانى بأن دلالة الرضا لاتربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وهاهنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال. وأما الثانى فهو الذى لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لايبطل الخيار قبل الرؤية لأنه لايربو على صريح الرضا: أى لايزيد عليه، وصريح الرضا لايبطله قبل الرؤية فدلالته أولى: يعنى إذا لم يكن من

(قوله والعرض على البيع) أقول: لانسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف فى المبيع والسند مايذكره المصنف من جعل المساومة منه. (قوله مانع من الفسخ) أقول: أى فسخ البائع استقلالا (قوله لايمكن رفعها) أقول: مطلقا أو من التصرف مستقلا (قوله وعن الثانى بأن دلالة الرضا) أقول: والجواب عن الثانى عندى أن يقال: ليس بطلان الخيار هنا لدلالة الرضا أو صريحه، بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على مايدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف: البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول: قال الإتقانى: تقول سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها، وسامها المشترى بمعنى استامها سوما، ومنه: «ولا يسوم الرجل على سوم أخيه» أى لايشترى، كذا فى المغرب انتهى. وقال العلامة الكاكى: المساومة طلب البائع والمشترى لبيع سلعة، كذا فى الفوائد انتهى.

(قال : ومن نظر إلى وجه الصبرة ، أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والأصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود .

الرضا ، وصريح الرضا قبل الرؤية لايبطل الخيار فبدلالته أولى ، ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا . ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالأخذ بالشفعة وبالعرض على البيع ، فإنهما إذا وجدا من المشترى الذى له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية ، بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لاتعمل فى إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم فى التصرف الذى تعلق فيه حق الغير لو عاد إلى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ثم رآه لاخيار له لأنه سقط فلا يعود إلا بسبب جديد إلا فى رواية عن أبى يوسف ، وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص . ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه إذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية الخ) والأصل فى هذا أن رؤية جميع أجزاء (المبيع غير مشروط) فى انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعا ، وإلا لجاز أن ينظر إلى عورة العبد والأمة اللذين يريد أن يشتريهما ، ولزم فى صحة بيع الصبرة النظر إلى كل حبة منها ، ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ماهو المقصود ، فإذا رآه جعل غير المرئى تبعا للمرئى ، فإذا سقط الخيار فى الأصل سقط فى التبع . إذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر إلى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقى فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية ، بخلاف ما لو رأى بطنهما أو ظهرهما وسائر أعضائهما إلا الوجه فإن له الخيار إذا رأى وجههما ، لأن سائر الأعضاء فى الإماء والعبيد تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الأعضاء . وفى الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لأنهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا

ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع (قال : ومن نظر إلى وجه الصبرة) اعلم أن المبيع إما أن يكون شيئا واحدا أو أشياء متعددة ، والثانى إما أن يكون متفاوت الآحاد أو لا ، فذلك أقسام ثلاثة . فإن كان الأول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية ، لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما إذا كان عبدا أو جارية فإن فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما ، وذلك فى العبد لايجوز أصلا فسخ العقد أو لم يفسخ . وفى الأمة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر فى عورتها واقعا فى غير الملك لأن العقد ارتفع بالفسخ من أصله فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما ، وكذا إذا كان المبيع ثوبا مطويا فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطى والنشر فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد . وإن كان الثانى كالثياب واللدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخى فلا بد من رؤية كل واحد ، لأن رؤية البعض لاتعرف الباقى لتفاوت فى آحاده . وإن كان الثالث كالمكيل والموزون والعددى المتقارب والجوز والبيض على ما مال إليه المصنف يكتفى برؤية واحد منهما ، لأن برؤية البعض يعرف الباقى لعدم التفاوت ، وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقى أردأ منها ، فعلى هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقى لأنه مكيل يعرض بالنموذج

(قوله فإن فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما) أقول : لايخفى عليك أن الكلام فى الرؤية التى يبطل الخيار معها إذا وقع البيع بعدها ، وإلا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ، ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذى ذكره الشارح ، بل الأولى أن يقال : فإن فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما ، وهما ليسا فى ملكهما وهى حرام فليتأمل ، فإنه يمكن أن يقال : المقصود إثبات المدعى بالطريق الأولى وفيه ما فيه ، بل المراد الرؤية بعد البيع ، وهى تسقط الخيار إذا قبض بعدها .

ولودخل فى البيع أشياء ، فإن كان لاتتفاوت آحادها كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار . وإن كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لابد من رؤية كل واحد منها ، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى ، وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة .

إذا ثبت هذا فنقول : النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج ، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان فى طيه مايكون مقصودا كموضع العلم ، والوجه هو المقصود فى الآدمى ، وهو والكفل فى الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره . وشرط بعضهم رؤية القوائم . والأول هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله .

يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروى عن أبى يوسف . وقيل لايسقط ما لم ير قوائمها . ونقل صاحب الأجناس عن المجرّد عن أبى حنيفة فى الدابة إذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية . وإن رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار . وعن محمد يكفى الوجه اعتبارا بالعبد . وفى رواية المعلى عن أبى حنيفة : يعتبر فى الدواب عرف التجار (فإن دخل فى البيع أشياء ، فإن كانت الآحاد لاتتفاوت كالمكيل والموزون ، وعلامته) أى علامة مالا يتفاوت آحاده (أن يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها) فى سقوط الخيار (إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعنى خيار العيب لاخيار الرؤية ذكره فى الينابيع . وفى الكافى : إذا كان أردأ له الخيار لأنه إنما رضى بالصفة التى رآها لا بغيرها ، وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف . والتحقيق أنه فى بعض الصور خيار عيب ، وهو ما إذا كان الاختلاف الباقى يوصله إلى حدّ العيب وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لايوصله إلى اسم المعيب بل الدون ، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع فى الحال (وإن كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذى ذكرنا : أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخى) قال المصنف (وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة) وبه صرح فى المحيط وفى المجرد هو الأصح . ثم السقوط برؤية البعض فى المكيل إذا كان فى وعاء واحد ، أما إذا كان فى وعاءين أو أكثر اختلفوا ، فمشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ، ومشايخ بلخ لايكفى بل لابد من رؤية كل وعاء ، والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لأنه يعرف حال الباقى ، هذا إذا ظهر له أن ما فى الوعاء الآخر مثله أو أجود ، أما إذا كان أردأ فهو على خياره ، وإن كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفى رؤية بعضها فى سقوط خياره فى الباقى . ولو قال رضيت وأسقطت خيارى ، وفى شراء الرحى

(والنظر إلى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية إلا أن يكون فى طيه ما كان مقصودا كموضع العلم) وإذا نظر إلى وجه الآدمى بطل الخيار لأنه هو المقصود به فى العبد والأمة وسائر الأعضاء تبعا له ؛ ألا ترى أن تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى فى سائر الأعضاء ، وإذا نظر إلى الوجه أو الكفل فى الدابة بطل الخيار لأنهما مقصودان فى الدواب . هذا هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله . وشرط بعضهم رؤية القوائم لأنها مقصودة فى الدواب ، فإن كان المكيل والموزون والعددى المتقارب فى وعاءين فرآها فى أحدهما فإن كان مافى الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار ، وإن كان دونه فهو على الخيار ، لكن إذا رد ردّ الكل لئلا تتفرق الصفقة ، وإذا اشترى شاة فإما أن تكون للحم أو للقنية أى الدر والنسل ، ففى الأول لابد من الجس لأن المقصود إنما يعرف به ، وفى الثانى

وفى شاة اللحم لابد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به ، وفى شاة القنية لابد من رؤية الضرع . وفيما يطعم لابد من الذوق لأن ذلك هو المعرّف للمقصود (قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها) وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج . وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم فى الأبنية ، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ . فأما اليوم فلابد من الدخول فى داخل الدار للتفاوت ، والنظر إلى الظاهر لايوقع العلم بالداخل .

بآلاته لابد من رؤية الكل ، وكذا السرج بأداته ولبده لابد من رؤية الكل (وفى شاة اللحم لابد من الجسّ) باليد فلا يكتفى بالرؤية مالم يجسها (لأن المقصود اللحم ، وفى شاة القنية لابد من رؤية الضرع ، وفيما يطعم لابد من الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك ، وكذا إذا رأى وجه الثوب مطويا لأن البادى يعرف ما فى الطىّ ، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه ، اللهم إلا أن يكون له وجهان فلابد من رؤية كلا الوجهين ، أو يكون فى طيه مايقصد بالرؤية كالعلم . ثم قيل : هذا فى عرفهم ، أما فى عرفنا فما لم ير باطن الثوب لايسقط خياره لأنه استقرّ اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب وهو قول زفر . وفى المبسوط : الجواب على قول زفر ، وفى البساط : لابد من رؤية جميعه ، ولو نظر إلى ظهور المكاعب لايبطل خياره ، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم يبطل . قيل : وينبغى أن ينظر إلى الصرم فى زماننا لتفاوته وكونه مقصودا . وفى الجبة لايبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو ، وأما الوسادة المحشوة إذا رأى ظاهرها ، فإن كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره ، وإن كان ممن لايحشى به مثلها فله الخيار ، هذا إذا كان المبيع واحدا (قوله وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذا إذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لأن النظر إلى جميع أجزائها متعذر ، إذ لايمكن النظر إلى ماتحت السرر وإلى مابين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها (وعند زفر لابد من دخول البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفق عادتهم فى الأبنية) فى الكوفة (فإن دورهم لم تكن متفاوتة) وأما فى ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة

لابد من رؤية الضرع ، وفى المطعومات لابد من الذوق لأنه المعرف للمقصود (قال : ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية . لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فأقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل ، فإذا كان فى الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا فى بلد يكون العلو مقصودا كما فى سمرقند . وقال زفر رحمه الله : وهو قول ابن أبى ليلى : لابد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب : أى القدورى على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد فى الأبنية ، فإنها تختلف بالضيق والسعة ، وفيما وراء ذلك يكون كصفقة واحدة ، وهذا يصير معلوما بالنظر إلى جدرانها من خارج ، فأما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول فى داخل الدار للتفاوت فى مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها ، فالنظر إلى الظاهر لايوقع العلم

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول : هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية . ثم أقول : كلام الشارح فى هذا المقام مخالف المشروح .

قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى حتى لايرده إلا من عيب ، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشترى ،

المرافق وقلتها فلايصير معلوما بالنظر إلى صحنها وهو الصحيح ، وهذا لايفيد : إلا أن يقال : وكل من ذلك مقصود ، وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لايشترط رؤية العلو إلا فى بلد يكون العلومقصودا كما فى سمرقند ، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر : وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعى ، وهو المعتبر فى ديار مصر والشام والعراق . وأما ماذكر فى الأشجار من الاكتفاء برؤية رءوس الأشجار أو رؤية خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال : المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره : وفى جامع قاضيخان : لايكتفى برؤية الخارج ورءوس الأشجار انتهى : وفى الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا ، وفى الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض : ولو اشترى دهنا فى زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لاتكفى حتى يصبه فى كفه عند أبى حنيفة لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل . وعن محمد : يكفى لأن الزجاج لايخفى صورة الدهن ، وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبى حنيفة : وفى التحفة : لو نظر فى المرآة فرأى المبيع قالوا لايسقط خياره لأنه ما رأى عينه بل مثاله ، ولو اشترى سمكا فى الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه فى الماء ، قال بعضهم يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع ، وقال بعضهم لايسقط وهو الصحيح لأن المبيع لايرى فى الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو ، فهذه الرؤية لاتعرف المبيع . وأما إذا كان المبيع مغيبا فى الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر فى ظاهر الرواية : وروى بشر عن أبى يوسف إن كان شيئا يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم إن باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الأرض جاز البيع ، فإن قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضى به يلزم البيع فى الكل إن قلع البائع أو المشترى بإذن البائع يثبت له الخيار ، فلو رضى به لزم البيع فى الكل لما عرف أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل ، وإن قلعه المشترى بغير إذنه إن كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره فى الكل فلم يكن له أن يرده رضى بالمقلوع أو لم يرض وجد فى ناحية من الأرض أقل منه أو لم يوجد ، لأن بالقلع صار المقلوع معيبا لأنه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا . والتعيب فى يد المشترى يمنع الرد بخيار الرؤية ، وإن كان المقلوع شيئا لا ثمن له لايبطل خياره لأن وجوده كعدمه . وإن كان شيئا يباع عددا إن قلعه البائع أو المشترى بإذنه له الخيار فى الباقى ، حتى لو رضى به لايلزم البيع فى الكل لأنه عددى متفاوت ، فرؤية بعضه لاتكون كرؤية كله ، وإن قلعه المشترى بغير إذن البائع بطل خياره . وقد حكى فيه خلاف بين أبى حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : رؤية بعضه كرؤية كله ، وجعلاه كالمكيل والموزون والعددى المتقارب لأن ببعضها يستدل فى العادة على الكل ، وإن اختلف البائع والمشترى فى القلع فقال المشترى أخاف إن قلعته لايصلح لى ولا أقدر على الرد ، وقال البائع لو قلعته فقد لاترضى يتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضى العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفا : يعنى الوكيل بالقبض كما فسره المصنف ، وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلا عنى بقبضه (كنظر المشترى حتى لايرده) المشترى بعد قبض الوكيل ورؤيته (إلا من عيب ، ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشترى قل لفلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولى إليه فى قبضه

بالباطن وهذه نكتة زفر : قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى) قيل صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع أو وكلتك بذلك : وصورة الإرسال أن يقول كن رسولا عنى أو أرسلتك

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : هما سواء ، وله أن يرده) قال معناه الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع . لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدا . وله أن القبض نوعان : تام وهو أن يقبضه وهو يراه ، وناقص ، وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه ، فكذا الوكيل ؛ ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل ؛

أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه ، وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لأنه من ماصدقات أمرتك ، وقد قيل : لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار . ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : هما) يعنى الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذى له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع . لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لايثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيبا لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لايسقط خيار العيب للموكل ، وكذا إذا وكل فى قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لايسقط خيار الشرط (و) صار أيضا (كالإسقاط قصدا) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لا يسقط (وله أن القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه ، وإنما كان هذا قبضا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض ، فلما بطل بهذا القبض من المشترى كان هذا القبض تاما (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه ، فكذا وكيله لإطلاق التوكيل) بخلاف

أو أمرتك بقبضه . وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشترى فلا يرده إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم . وقال الفقيه أبو جعفر : إذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه ، فإذا نظر الرسول وقبضه لايسقط خيار المشترى فله أن يرده عند أبي حنيفة ، وقالا : نظر الرسول لايسقط بالاتفاق ، ونظر الوكيل كنظره فهما سواء فى عدم سقوط خيار المشترى وله أن يرده ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة فى الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه (لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لايملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) إسقاط الخيار لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رائيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل ، وكمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل ، وكما إذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصدا لايسقط خيار الموكل . ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبنى على مقدمة هى (أن القبض على نوعين : تام وهو أن يقبضه وهو يراه ، وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين ، وبيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم) الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تناهيها فى اللزوم بحيث لايرتد إلا برضاه أو قضاء ،

(قوله فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول : فلا يسقط الخيار (قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول : ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاما تأمل .

وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك ، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه ،

ما إذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار لأن بقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لانتفاء ولايته ، ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما : إحداهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار ، والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره . والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل ، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل . وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة ، وليس هذا ثابتا فى مجرد رؤيته قبل القبض ، ونقول : بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتى على القول بأن مجرد مضى ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح ، وبعين الجواب الأول يقع الفرق فى المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح ، بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص . وقوله (بخلاف خيار العيب لأنه) يثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ، ولهذا كان له أن يرد المعيب وحده فيما إذا اشترى شيئين . وقوله فى الكتاب إلا من عيب . قال فخر الإسلام : يحتمل

وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك ، وإذا ظهر هذا قلنا : الموكل ملك القبض بنوعيه ، وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند إطلاق التوكيل عملا بإطلاقه . فإن قيل : لا نسلم ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه أسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل فى القبض الناقص لا محالة . أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك إسقاطه ، وفى هذا الجواب تعرض إلى رد قياسهما على الإسقاط القصدى ، وإلى رد قولهما دون إسقاط الخيار : وتقريره أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصدا أو ضمنا والأول مسلم ، ولكن إسقاط الخيار فى القبض التام يثبت للوكيل فى ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار ، بخلاف الموكل ، وكم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا . والثانى ممنوع فإن من توكل بشىء توكل بما يتمه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به إلا برضا أو قضاء ، وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ، ولم يجعل تفريقا للصفقة لأن تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ، ولما لم يمتنع هاهنا دل أنها كانت تامة ، وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل ، وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدورى أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ، ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط ، والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله ، وقيد بالتام لأن الموكل يملك الناقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص ، والرسول ليس كالوكيل فإن إتمام ما أرسل به ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسول

(قوله والثانى ممنوع ، فإن من توكل بشىء الخ) أقول : لو صح هذا لزم أن لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الأخص فلا يجدى نفعا (قوله لأن الاختيار) أقول : التتابع بالياء بنقطتين بعد التاءين ، والاختيار بالياء المنقطة بنقطة تحتانية بعد التاء من الخير .

وخيار الشرط على هذا الخلاف . ولو سلم فالموكل لايملك التام منه فإنه لايسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده ، فكذا لايملكه وكيله ، وبخلاف الرسول لأنه لايملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لايملك القبض ، والتسليم إذا كان رسولا فى البيع . قال (وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى) لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس ، ويشمه إذا كان يعرف بالشم ، ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كما فى البصير (ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له)

إلا من عيب لم يعلمه الوكيل ، فإن كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب ، كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ، ولم يسلم مسئلة خيار العيب . والصواب عندنا أن لايملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم . وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعنى وخيار الشرط لانص فيه ، فلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدورى ، وهو رواية الهندوانى لأن القبض التام لايحصل بخيار الشرط لأن وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) أنه لايبطل بالقبض التام وهو الأصح (فالموكل لايملك التام منه) فإذا فرضنا أن التام لايكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فإنه لايملك شيئا) من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ؛ ولذا لايملك التسليم أيضا ، وصور الإرسال فى البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع ، وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان إنى اشتريت منك كذا وكذا بمعين كذا وكذا (قوله وبيع الأعمى وشراؤه جائز) باتفاق الأئمة الثلاثة . وقال الشافعى : لايجوز إلا فى السلم ، والشراء يمد فى لغة الحجاز ، ويقصر لأهل نجد (وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى مالم يره) فيدخل فى عموم قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث السابق « من اشترى مالم يره فله الخيار إذا رآه » (وقد قررناه من قبل) فى أول الباب ، ولأن الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء ، والتعارف بلا نكير أصل فى الشرع بمنزلة إجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس) كالشاة (ويشمه إذا كان يعرف بالشم) كالطيب (وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كالعسل . وقوله (كما فى البصير) ظاهر فى أن البصير إذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضى به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له)

بالعقد فإنه لايملك القبض والتسليم . قال (وبيع الأعمى وشراؤه جائز) بيع الأعمى وشراؤه جائز عندنا (وله الخيار) وقال الشافعى رحمه الله : إن كان بصيرا فعمى فكذا الجواب ، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لأنه لاعلم له بالألوان والصفات ، وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير ، وبأن من أصله أن من لايملك الشراء بنفسه لايملك الأمر به لغيره ، فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولايتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح مالا يخفى . ولنا (أنه اشترى مالم يره ، ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام « لم يره سلب » وهو يقتضى تصور الإيجاب وهو إنما يكون فى البصير ، والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير

(قال المصنف : وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول : فيه بحث ، فإن الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف ، إلا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا . والحق أن يجاب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا إشكال ، إلا أن قوله إذا اشترى يأبى عن هذا نوع إباء فليتأمل (قوله وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول : فيه بحث لأن التصور لايستلزم التحقق ؛ ألا يرى أن قولنا شريك البارى ليس بموجود فى الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه ، والأولى إيراد النظر فى قوله عليه الصلاة والسلام « فله الخيار إذا رأى » فإن إذا تستعمل فى المتحقق فليتأمل ، فإن المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا .

لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما فى السلم . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا وقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره ، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة فى حق الأخرس فى الصلاة ، وإجراء الموسى مقام الحلق فى حق من لاشعر له فى الحج . وقال الحسن : يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبى حنيفة لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا .

فى جامع العتابى هو أن يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته . ولا يخفى أن إيقافه فى ذلك المكان ليس بشرط فى صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره فى المبسوط ، واكتفى بذكر الوصف (لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما فى السلم) وممن أنكره الكرخى ، وقال : وقوفه فى ذلك الموضع وغيره سواء فى أنه لايستفيد به علما (وعن أبى يوسف أنه إذا وقف فى مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره ، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للأخرس ، وإجراء الموسى على رأس من لا شعر له) فى الإحلال من الإحرام ، ولا يخفى ضعفه لأن العجز لايتحقق إلا بتحقق العجز عن الوصف فإن القائم مقام الشيء بمنزلته ، وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته فى السلم ، ووجوب إجراء الموسى مختلف فيه ، وكذا التحريك غير لازم للأمى . وعن أبى يوسف أيضا أنه اعتبر الوصف فى غير العقار أيضا ولم يعتبر الشم ولا الذوق والجس لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا . وقال مشايخ بلخ : يمس الحيطان والأشجار ، فإذا قال رضيت سقط خياره لأن الأعمى إذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك ، وهو رواية بشر وابن سماعة فى الدار . وفى رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس ، لأن التعريف الكامل فى حقه يثبت بهذا إلا فيما لايمكن جسه كالثمر على رءوس الشجر فيعتبر فيه الوصف لاغير فى أشهر الروايات ، وهو المروى عن أبى يوسف ومحمد فى شرح الجامع الصغير لأبى الليث (وقال الحسن : يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه) فيسقط بذلك خياره . قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبى حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف

فإن ذلك أصل فى الشرع بمنزلة الإجماع ، ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود ، فإن كان المبيع مما يعلم بمسه فخياره يسقط بجسه ، وإن كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه فى المذوقات . وأما إذا كان شجرا أو ثمرا على شجر أو عقارا فإن خياره لايسقط حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما فى السلم . وقال بعض أئمة بلخ : يمس الحائط والأشجار ، فإذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار . وروى عن أبى يوسف أنه إذا وقف فى مكان لو كان الواقف بصيرا لرآه وقد قال رضيت سقط خياره ، لأن التشبه يقوم مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين وإجراء الموسى فى حق الآدمى والأصلع ، وإطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف . قال محمد فى الجامع الصغير : قال أبو يوسف فى الأعمى : يشترى الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال : له أن يرده ، وإن كان فى مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده . وقال الفقيه : قال بعضهم : يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له ، وهذا أحسن الأقاويل ، قال : وبه نأخذ . وقال الحسن : يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه . وهذا أشبه بقول أبى حنيفة ، لأن رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم . ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود . ولو اشترى بصيرا ثم عمى انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز ، وقد استوى فى ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية .

قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لأن رؤية أحدهما لاتكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ، ثم لايرده وحده بل يردهما كى لايكون تفريقا للصفقة قبل التمام ، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل .

للأعمى ثم أبصر لا خيار له لأن خياره سقط فلايعود إلا بسبب جديد، ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما ، لأن رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فيردهما) إن شاء (كى لايكون تفريقا للصفقة) على البائع (قبل التمام ، وهذا لأن الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل) لعدم تحقق الرضا

قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما) قد تقدم أن فى الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد فى البيع رؤية بعضها لايعرف الباقى بل لابد من رؤية كل واحد منها ، وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار ، لكن لايرد الذى رآه وحده ، بل يردهما إن شاء كى لايلزم تفريق الصفقة قبل التمام ، وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة ، وأنها لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولكونها غير تامة يتمكن المشترى من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه . فإن تفريق الصفقة منهى عنه لما جاء فى الحديث « نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة » قيل : تفريق الصفقة منهى عنه وهو يقتضى ردهما جميعا إن شاء ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى شيئا لم يره » الحديث يدل على أن له أن يرد الذى لم يره وحده ، فما وجه ترجيح حديث النهى على المجيز ؟ وأجيب بأن موجب النهى مطرد فى جميع صوره ، وموجب المجيز ليس كذلك فإنه لايملك الرد إذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره والمطرد راجح وبأنه محرم والمحرم راجح على المبيح ، أو لأنه متأخر عن المبيح لئلا يلزم تكرير النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن ؟ لأن رد أحد الثوبين لايكون ردا لأنه اشترى ثوبين لا أحدهما ، والرد إنما يصح أن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهى عن تفريقها مطلقا ، وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ، ومثله مرجوح . والجواب أن النهى إنما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة ، فإنه إذا أوجب البيع فى شيئين لايملك المشترى القبول فى أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الردىء إلى الجيد ترويجا له بالجيد ، فإذا علم أن المانع من رد

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول : تقدم بورقة تخمينا ، وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية ، لأن تمامها تناهيها فى اللزوم (قال المصنف : وهذا لأن الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول : قال العلامة الكاكى : يعنى فيما إذا قبضه مستورا ، كذا قيل ، ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد مايبطله انتهى ، وفيه بحث يظهر بملاحظة مامر فى مسئلة نظر الوكيل (قوله فإن تفريق الصفقة منهى عنه) أقول : تعليل لقوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى شيئا لم يره » الحديث ، يدل على أن له أن يرد الذى لم يره وحده ، فما وجه ترجيح حديث النهى) أقول : وأنت خبير بأن المفهوم لايعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح ، وأيضا المشترى هنا هو المجموع دون كل واحد ، فرؤية أحدهما دون الآخر كرؤية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتأمل (قوله أو لأنه متأخر عن المبيح الخ) أقول : فى التوضيح فى فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله والجواب أن النهى إنما هو عن التفريق ، إلى قوله : قبل التمام بالقياس) أقول : تقييد المطلق نسخ وذلك لايجوز بالقياس ثم لايظهر بما ذكره فى معرض الجواب دفع ما قيل .

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لأنه لايجرى فيه الإرث عندنا ، وقد ذكرناه فى خيار الشرط (ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التى رآه فلا خيار له) لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة ، وبفواته يثبت الخيار

قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لايحتاج إلى القضاء والرضا ، فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استحق أحدهما لايرد الباقى ، وهنا وفى خيار الشرط يردّ الآخر إذا رد أحدهما بعد القبض . أجيب أن ردّ أحدهما فى خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لاتتم معهما ، وفى الاستحقاق : لو رد كان بعد التمام لأن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت فى الباقى عيب الشركة ، حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يردّ الباقى أيضا كما فى خيار الرؤية والشرط ، لأن الشركة فى الأعيان المجتمعة عيب ، والمشترى لم يرض بهذا العيب فى فصل الاستحقاق ، ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ، ولو كان المبيع مكيلا أو موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لايخير لأن الشركة ليست بعيب فيه ، ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ، ولو وجد بأحدهما عيبا فى مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لأنها لاتتم قبل القبض . هذا والمعنى فى تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الأكبر ، وذلك أن فى تفريقها ثبوت ضررين دائما ، غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فإنه ضرر مال فإنه قد لايروج أحدهما إلا بالآخر لجودة أحدهما ورداءة الآخر ، وهو فوق ضرر المشترى فإن ضرره ليس إلا ببطلان مجرد قوله إذا ألزمناه ردهما ، وبعد القبض ضرر المشترى أكثر لأنه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم إذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لايجرى فيه الإرث) على ماذكرناه من الوجه (فى خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لايورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فإن وجده على الصفة التى رآه) عليها (فلا خيار له ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم

أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق ، فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لايرد الباقى ، وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لأن فيما نحن فيه رد أحدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لاتتم مع بقاء خيار الرؤية . وفى فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشترى قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة ، حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقى كما فى خيار الرؤية والشرط لأن الشركة فى الأعيان المجتمعة عيب والمشترى لم يرض به ، لكن فى صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقى لدفع ضرر يلزم المشترى ، فإن شاء رضى وإن شاء رد . وفى خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم للبائع . قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم أن خيار الشرط لايقبل الانتقال لأنه مشيئة ، وهو عرض والعرض لاينتقل والإرث فيما ينتقل ، فكذا خيار الرؤية ، وقد ذكرنا البحث فى خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج إلى إعادته . قال (ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على تلك الصفة التى رآه) عليها سقط الخيار لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة ، وبفوات العلم بالأوصاف يثبت الخيار ، فبين العلم بالأوصاف

(قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول : أى يظهر اندفاعه .

إلا إذا كان لايعلمه مرئيه لعدم الرضا به (وإن وجده متغيرا فله الخيار) لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره ، وإن اختلفا فى التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر ،

يتناوله قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى مالم يره فله الخيار إذا رآه » لأنه بإطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (إلا إذا كان) المشترى (لايعلمه مرئيه) أى لايعلم أن المبيع كما قد رآه فيا مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لايعلم أنها التى كان رآها ثم ظهرت إياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوبا فلف فى ثوب وبيع فاشتراه وهو لايعلم أنه ذلك (وإن وجده متغيرا) عن الحالة التى كان رآه عليها (فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فإن اختلفا فى التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشترى تغير (فالقول للبائع لأن) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية مايدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والأصل عدمه فلا تقبل إلا ببينة (بخلاف ما إذا اختلفا فى الرؤية) فقال البائع رأيته وقال المشترى لم أره فالقول للمشترى مع يمينه لأن البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بصفته (والمشترى ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذى بعتكه . وقال المشترى بل هو هو القول للمشترى سواء كان ذلك فى بيع باتّ أو فيه خيار الشرط أو الرؤية . ولقائل أن يقول : الغالب فى البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشترى تمسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر ، والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالأصل إلا إن لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع فى الرؤية ، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع فى أنه غير المبيع مع يمينه ، وهذا لأن المشترى فى الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف ، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا فى المقبوض ، فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع ، بخلاف الفسخ بالعيب لاينفرد المشترى بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فى الذى أحضره والبائع ينكره .

وثبوت الخيار منافاة ، ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف بتلك الرؤية فينتفى الآخر وهو ثبوت الخيار إلا إذا كان لايعلم أنه هو الذى رآه كما إذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل ، وهو لايعلم أن المشترى ذلك المرئى فإن له الخيار حينئذ لعدم الرضا به ، وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف ، وهاهنا لما كان المبيع مرئيا من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار ، وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم أنه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وإن وجده متغيرا فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره ، وإن اختلفا فى التغير فالقول قول البائع مع يمينه ، لأن التغير حادث لأنه إنما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشترى يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل ، لأن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه ، وقيل هو الرؤية السابقة ، وقيل هو البيع الباتّ الخالى عن الشروط المفسدة ظاهر ، والأصل لزوم العقد ، والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعى

(قال المصنف : لأن تلك الرؤية لم تقع معلما) أقول : الظاهر أن يقول معلمة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول : لايظهر الفرق بين المعنيين الأولين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هى الرؤية السابقة ، وبالرؤية السابقة هى رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالى عن الشروط المفسدة ، أقول : عندى أنه البيع البات الخالى عن المفسد الواقع فى محل مرئى فليتأمل .

إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشترى ، بخلاف ما إذا اختلفا فى الرؤية لأنها أمر حادث والمشترى ينكره فيكون القول قوله . قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها إلا من عيب ، وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه ، وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها ، بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لاتتم قبله وفيه وضع المسئلة .

وقوله (إلا إذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع : أى إلا فى صورة ما إذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لأن الظاهر شاهد للمشترى) إذ الظاهر أنه لايبقى الشىء فى دار التغير وهى الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير . قال محمد رحمه الله تعالى : أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق ، بل يصدق لأن الظاهر شاهد له . قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والإمام المرغينانى فنقول : إن كان لايتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع ، وإن كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى . مثاله : لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لأن الشهر فى مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع ثوبا منه أو وهبه) ثم رأى الباقى (ليس له أن يرد شيئا منها إلا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقى بحاله : أعنى فباع بعضها أو وهبه سقط خياره فى الباقى وليس له أن يرد بخيار الشرط بل إن اطلع على عيب ، وهذا (لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلو رد الباقى فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام ، لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وإن كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض ، وفيه) أى فى المقبوض (وضع المسئلة) لأنها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتها إذ لايصح بيع ما لم يقبض و هبته ، ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لايرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله إلا من عيب ، لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيبا لايرد المعيب خاصة بل يردهما إن شاء . لايقال : فى عدم رد الباقى عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهى عن تفريق الصفقة مع أنه متروك الظاهر فإن تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى . قلنا : لم نقل بعدم رده مطلقا ، بل قلنا : إذا رده يرد معه الآخر ، فزدنا شرطا فى الرد

العارض (قوله إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا) أى المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشترى ، لأن الظاهر يشهد له ، فإن الشىء يتغير بطول الزمان ، ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى وقال : أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير كان يصدق على ذلك . وقوله (بخلاف ما إذا اختلفا فى الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع : يعنى إذا اختلف البائع والمشترى فى رؤية المشترى فالقول قول المشترى لأن البائع يدعى عليه العلم بالصفات وأنه حادث والمشترى منكر فكان القول قوله مع اليمين . قال (ومن اشترى عدل زطى) العدل بالكسر المثل ، ومنه عدل المتاع . والزط : جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية . ومن اشترى عدل زطى ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا ، كذا لفظ الجامع الصغير . وهو مراد المصنف ، لأنه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة ، فإذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها : أى من الثياب الزطية إلا من عيب . ذكر الضمير فى قوله ولم يره وغيره نظرا إلى العدل ، وأنث فى قوله منها نظرا إلى الثياب ، فإنه إذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل ، وكذا إذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه أو وهب وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه ، وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام لأن الخيارين يمنعان تمامها كما مر . وأما خيار العيب فإنه لايمنع تمامها بعد

فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي . وعن أبي يوسف أنه لايعود بعد سقوطه كخيار الشرط ، وعليه اعتمد القدوري .

(باب خيار العيب)

عملا بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما . والعدل : المثل ، و المراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه : أي يعادلها وفيها أثواب . والزط فى المغرب : جيل من الهند تنسب إليهم الثياب الزطية ، وقيل جيل بسواد العراق . وذكر الضمير فى قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنثه فى قوله لم يرد شيئا منها على معناه ، فكان نظير قوله تعالى ـ وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أو هم قائلون ـ هذا (ولو عاد) الثوب الذى باعه من العدل أو وهبه (إلى المشترى بسبب هو فسخ) محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع فى الهبة (فهو) أى المشترى للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي . وعن أبي يوسف) وهو رواية علىّ بن الجعد عنه (أنه) أى خيار الرؤية (لايعود) لأن الساقط لايعود (كخيار الشرط) إلا بسبب جديد ، وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة الملحظ مختلف ، فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ، ولحظ على هذه الرواية مسقطا ، وإذا سقط لايعود بلا سبب وهذا أوجه ، لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها ، والله الموفق .

(باب خيار العيب)

تقدم وجه ترتيب الخيارات والإضافة فى خيار العيب إضافة الشىء إلى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد ، يقال عاب المتاع : أى صار ذا عيب ، وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على

القبض ، وفيه وضع محمد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه (فلو عاد) الثوب الذى باعه (إلى المشترى بسبب هو فسخ) بأن رد المشترى الثانى بالعيب بالقضاء أو رجع فى الهبة فهو أى المشترى الأول أو الواهب على خياره ، فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي : وعن أبي يوسف أن خيار الرؤية لايعود بعد سقوطه) لأن الساقط لايعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى) .

(باب خيار العيب)

أخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم بعد التمام ، وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشىء إلى سببه . إذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة : أى سلامة المعقود عليه عن العيب ، لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب فى عهدته « هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوذة عبدا

(باب خيار العيب)

العيب : ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة .

(وإذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ردّه لأنّ مطلق العقد يقتضى وصف السلامة ، فعند فوته يتخير

الأصل ، والعيب : ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا (قوله وإذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ، إن شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن ، وإن شاء رده) هذا إذا لم يتمكن من إزالته بلا مشقة ، فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب ، وينبغى حمله على ثوب لايفسد بالغسل ولا ينتقص ، وإنما ثبت له هذا الخيار (لأن مطلق العقد) وهو ما لم يشرط فيه عيب (يقتضى وصف السلامة ، فعند فواته يتخير) بيان الأول من المنقول والمعنى ، أما المنقول فما علقه البخارى حيث قال : ويذكر عن العداء بن خالد قال : «كتب لى النبى صلى الله عليه وسلم : هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد ، بيع المسلم من المسلم عبدا لا داء ولا خبثة ولا غائلة» ثم قال البخارى : وقال قتادة : الغائلة الزنا والسرقة والإباق . وروى ابن شاهين فى المعجم عن أبيه قال : حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال : حدثنا عباد بن ليث قال : حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال : قال لى العداء بن خالد بن هوذة : ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : قلت بلى ، فأخرج لى كتابا «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولاخبثة بيع المسلم المسلم» ففى هذا أن المشترى العدّاء . وفى الأول أنه النبى صلى الله عليه وسلم . وصحح فى المغرب أن المشترى كان العداء وتعليق البخارى إنما يكون صحيحا إذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله ، وقال معاذ لأهل اليمن . ففى قوله عليه الصلاة والسلام «بيع المسلم المسلم» دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ، ويدل عليه قضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما فى سنن أبى داود بسنده إلى عائشة «أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيبا ، فخاصمه إلى النبى صلى الله عليه وسلم فرده عليه ، فقال الرجل : يارسول الله قد استغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان» وفسر الخطابى الداء بما يكون بالرقيق من الأدواء التى يرد بها كالجنون والجذام ونحوها . والخبثة ماكان خبيث الأصل مثل أن يسبى من له عهد يقال هذا سبى خبثة إذاكان ممن يحرم سبيه ، وهذا سبى طيبة بوزن خيرة ضده . ومعنى الغائلة مايغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك

لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم» وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة المرض فى الجوف والكبد والرئة . فإن المرض ما يكون فى سائر البدن والداء ما يكون فى الجوف والكبد والرئة . وفيما روى عن أبى يوسف أنه قال : الداء المرض ، والغائلة ماتكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة ، والخبثة هى الاستحقاق ، وقيل هى الجنون . وفى هذا تنصيص على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب ، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب . فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل فى حقيقة البيع ، وعند فواته ينتفى الرضا فيتضرر بلزوم مالا يرضى به . فإن قيل : تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع ، لأن مطلق العقد إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له ، فإذا فات اللازم انتفى الملزوم . فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل وهو العقد

(قوله ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول : ضمير فواته راجع إلى وصف . (قوله لأن الرضا داخل فى حقيقة البيع) أقول : أى البيع اللازم (قوله ينتفى الرضا) أقول : أى ظاهرا (قوله إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول : هذا غير مسلم وإنما يكون كذلك لو اقتضاه اقتضاء تاما لايجوز أن يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك ؟.

كى لايتضرّر بلزوم ما لا يرضى به ، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن فى مجرد العقد ، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ،ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره ، والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به .

فى المبيع من عيب ، وتفسيره للداء يوافق تفسير أبى يوسف له . وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض فى الجوف والكبد والرئة ، وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة وهو قول الزمخشرى . الغائلة : الخصلة التى تغوله المال : أى تهلكه من إباق وغيره ، والخبثة : هو الاستحقاق ، وقيل هو الجنون ، وأما المعنى : فلأن السلامة لما كانت هى الأصل فى المخلوق انصرف مطلق العقد إليها ، ولأن العادة أن القصد إلى ماهو متحقق من كل وجه لأن دفع الحاجة على التمام به يكون ، والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف إليه إلا بذكره وتعيينه ، ولما كان القصد إلى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده (كى لايتضرر بإلزام ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) أى نقصان العيب . وبه قال الشافعى خلافا لأحمد ، لأن الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشترى فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له ، والبائع يلتزمه لأنه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه إلا به وإن كان معيبا . وهذا لأن الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالما به لطول ممارسته له فى مدة كونه فى يده . ولذا بعينه اتفق العلماء على أنه إذا باعه على أنه معيب فوجده سليما لاخيار له . ولا يقال إنه ما رضى بالثمن المسمى إلا على اعتبار أنه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لأنه أنزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشىء ، كما جعل عالما بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا إلا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشىء بل يتخير فى أخذه أو رده ، فإن بذلك يعتدل النظر من الجانبين فى دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الأوجه . وذكر المصنف قبل قوله (ولأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ فى مقابلة فواته شيئا ، وهذا لأن الثمن عين فإنما يقابله مثله . والوصف دونه فإنه عرض لايحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعا لمعروضه غير منفرد عنه . وقوله بمجرد العقد احتراز عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة ، كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فإن الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشترى ، وكذا إذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول ، أو حكما بأن امتنع الرد لحق البائع

اللازم ، ومن انتفائه لايلزم انتفاء العقد (وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) لأن الفائت وصف ، إذ العيب إما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والأصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة ، وإما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض فى زمانه والزنا والدفر والبخر فى الجارية ، وفى ذلك كله فوات وصف والأوصاف لايقابلها شىء من الثمن ، لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف والأصل أو بالأول دون الثانى أو بالعكس ، لاسبيل إلى الأول والثانى لئلا يؤدى إلى مزاحمة التبع الأصل فتعين الثالث (قوله فى مجرد العقد) احترازا عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم (قوله ولأنه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أى قيمته

(قوله وفى ذلك كله فوات وصف) أقول : وكون فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح فى أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدى إلى مزاحمة التبع الأصل) أقول : أنت خبير بأن المزاحمة فى الأول وفى الثانى ترجيح التبع على الأصل فليتأمل (قوله كما تقدم) أقول : فى أوائل كتاب البيع .

قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب) لأن التضرر بنقصان المالية . وذلك بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف أهله (والإباق والبول فى الفراش والسرقة فى الصغير عيب ما لم يبلغ ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه : إذا ظهرت عند البائع فى صغره ثم حدثت عند المشترى فى صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك ، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره ، وهذا لأن سبب هذه

كأن تعيب عند المشترى بعيب آخر أولحق الشرع بأن جنى جناية . ولذا قلنا : إن من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لأن تلك الزيادة التى أتلفها جزء مبيع لا أنها تبع محض .

[فرع] لو صالح المشترى البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز ، وبه قال مالك والشافعى فى وجه ، وفى وجه لا يجوز ، والاتفاق على عدمه فى خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذى اشترى به (فى عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذى يرد به ، وهذا لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به ، والمرجع فى كونه عيبا أولا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات . وبهذا قالت الأئمة الثلاثة . وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل بمجرد النظر إليها كالظفر الأسود للصحيح القوى على العمل ، وكما فى جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والإباق والبول فى الفراش والسرقة عيب فى الصغير) وقوله (مالم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجرى مجرى البدل من الصغير ، وإذا كان ذلك عيبا فى الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشترى فى الصغر أن يرده به . ثم قال القدورى (فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أى معنى قوله فإذا بلغ إلى آخره ، وحاصله أنه إذا ظهرت هذه الأشياء عند البائع فى صغره ووجدت عند المشترى بعد البلوغ لم يرده به لأنه غير ذلك الذى كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه

أو أرشه . وتقريره أن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى ، وفى إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه ، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون إلزاما على البائع بلا بيع ، وفيه من الضرر مالا يخفى ، والمشترى وإن كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة فى أخذ النقصان . قيل : البائع إذا باع معيبا فإذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ولا خيار له . وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما . وأجيب بأن المبيع كان فى يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فأنزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه . وأما المشترى فإنه ما رأى المبيع ، فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ، ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض ، لأن ذلك : أى رؤية العيب عند إحدى الحالين رضا بالعيب دلالة . قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة . وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة ، فالنقص بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف أهله) قال (والإباق والبول فى الفراش والسرقة عيب فى الصغير) الذى

الأشياء يختلف بالصغر والكبر ، فالبول فى الفراش فى الصغر لضعف المثانة ، وبعد الكبر لداء فى باطنه ، والإباق فى الصغر لحبّ اللعب والسرقة لقلة المبالاة ، وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن ، والمراد من الصغير من يعقل ، فأما الذى لايعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا .

الأشياء يختلف بالصغر والكبر ، فالبول فى الفراش) للصغير (لضعف المثانة ، وبعد الكبر لداء فى الباطن ، والإباق فى الصغر لحبّ اللعب والسرقة) فى الصغير (لقلة المبالاة ، وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن) فإذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله ، وإذا كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حادث عنده ، بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشترى فى الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ ، فإن له أن يرده بها ، وإذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور فى المختصر وهو قوله فإذا بلغ فليس ذلك الذى كان قبله عند البائع بعيب إذا وجد بعده عند المشترى حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشترى بعد ما وجد بعده عند البائع ، واكتفى بلفظ المعاودة لأن المعاودة لاتكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر ، لأنه لا يقال عاد زيد فيما إذا ابتدأ غيره ، فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضا وإلا فلا معاودة . وقوله ليس بعيب : أى لايرد به ، وقوله والمراد من الصغير إلى آخره تقييد للصغير الذى ذكر أنه إذا وجد منه شيء من هذه الأمور عند البائع والمشترى يردّ بأن يكون صغيرا يعقل ، وأما الصغير الذى لايعقل فهو إذا فقد ضالّ لا آبق ؛ وكذا لايكون بوله وسرقته عيبا . قال فى الإيضاح : السرقة والبول فى الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لايعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا ، وكذا روى أبو يوسف فى الأمالى عن أبى حنيفة . وفى بعض المواضع : ويستنجى وحده ، وإذا قدر بها حذو ما قدر به فى الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لايرد به ؛ لأنهم قدروا الذى يأكل وحده إلى آخره بذلك ، لكن وضع التصريح فى غير موضع بتقديره بدون خمس سنين . وفى الفوائد الظهيرية هنا مسئلة عجيبة ، هى أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش كان له الرد ، ولو تعيب بعيب آخر عند المشترى كان له أن يرجع بالنقصان ، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ، لا رواية فيها ، قال : وكان والدى يقول : ينبغى أن يسترد استدلالا بمسئلتين إحداهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها ، ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان ، فإذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب ، فكذا فيما نحن فيه . والثانية إذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان ، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لايسترد وإلا

يعقل إذا أبق من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس ، فذلك عيب لأنه يفوت المنافع على المولى ، والسفر وما دونه فيه سواء ، فلو أبقت الجارية من الغاصب إلى مولاها فليس بإباق ، وإن أبقت منه ولم ترجع إلى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع إليه فهو عيب ، وإن فات أحدهما فليس بعيب ، وإذا بال فى الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك ، وإذا سرق درهما من مولاه أو من غيره فكذلك لإخلالها بالمقصود لأنه لايأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده فى سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره إلا فى المأكولات للأكل ، فإن سرقها من مولاها ليست بعيب ، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند البائع والمشترى فى حال صغره فهو عيب يردّ به ، وإذا وجدت عندهما فى حال كبره فكذلك . وأما إذا اختلف فكان عند البائع فى صغره وعند المشترى فى كبره فلا يرد به لأن سبب هذه الأشياء مختلف بالصغر والكبر على

قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) ومعناه : إذا جنّ فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فيه أو فى الكبر يرده لأنه عين الأول ، إذ السبب فى الحالين متحد وهو فساد الباطن ، وليس معناه أنه لايشترط المعاودة فى يد المشترى ، لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد

استرد ، والبلوغ هنا لابالمداواة فينبغى أن يسترد انتهى . وفى فتاوى قاضيخان : اشترى جارية وادعى أنها لاتحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت ، قالوا : إذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك . وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فحمّ عنده وكان يحم عند البائع قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : المسئلة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم فى الوقت الذى كان يحم فيه عند البائع كان له أن يرده ، وفى غيره فلا ، فقيل له : فلو اشترى أرضا فنزت عند المشترى وقد كانت تنز عند البائع ، قال : له أن يرد لأن سبب النزّ واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء ، إلا أن يجيء ماء غالب أو كان المشترى رفع شيئا من ترابها فيكون النزّ غير ذلك أو يشتبه فلا يدرى أنه عينه أو غيره . قال القاضى الإمام : يشكل بما فى الزيادات : اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد ، وجعل الثانى غير الأول . ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشترى الرد ، وجعل الثانى عين الأول الذى رضى به إذا كان الثانى عند البائع ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشترى وقال لايرد ثم قال القاضى الإمام كنت أشاور شمس الأئمة الحلوانى وهو يشاور معى فيما كان مشكلا إذا اجتمعنا فشاورته فى هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله ، فلو جنّ فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فى الصغر أو فى الكبر يرده لأنه عين الأول لأن السبب للجنون فى حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أى باطن الدماغ ، فهذا معنى لفظ أبدا المذكور فى لفظ محمد (وليس معناه أنه لايشترط المعاودة للجنون (فى يد المشترى) كما ذهب إليه طائفة من المشايخ ، فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وإن لم يجن عند المشترى فهذا غلط (لأن الله تعالى قادر على إزالته) أى إزالة سببه (وإن كان قلما يزول) وقد حققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداواة ، فإن لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد إزالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالردّ) وهذا هو الصحيح ، وهو المذكور فى الأصل والجامع الكبير ، واختاره الإسبيجابى . قال محمد بعد قوله إذا جنّ مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا بأسطر ، وإن طعن المشترى بإباق أو جنون ولا يعلم القاضى ذلك فإنه لايستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشترى أو جنّ ، وصرح باشتراط المعاودة فى الجنون ، وهذا بخلاف ما إذا ولدت الجارية عند البائع لامن البائع ، أو عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح ، وإن لم تلد ثانيا عند المشترى لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذى حصل بالولادة لايزول أبدا وعليه الفتوى . وفى رواية كتاب البيوع :

ما قال فى الكتاب . قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) معناه : أن الجنون فارق العيوب المذكورة فى عدم اشتراط اتحاد الحالتين ، لأن السبب فى الحالتين واحد وهو فساد الباطن ، فإذا جنّ فى يد البائع فى صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشترى فى كبره يردّ به ، وليس معناه أن المعاودة فى يد المشترى بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الحلوانى وشيخ الإسلام ، وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لاترتفع ، وذلك تبين فى حماليق عينيه لأن الله تعالى قادر على إزالته بحيث لايبقى من أثره شىء ، والأصل فى العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد إلا بالمعاودة وهو المذكور

(قال : والبخر والدفر عيب فى الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به ، وليس بعيب فى الغلام لأن المقصود الاستخدام ولايخلان به ،إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود فى الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد، ولا يخل بالمقصود فى الغلام وهو الاستخدام ،

لاترد . وفى المحيط : تكلموا فى مقدار الجنون ، قيل هو عيب وإن كان ساعة ، وقيل إن كان أكثر من يوم وليلة فهوعيب ، ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب ، وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب . والسرقة وإن كانت أقل من عشرة عيب ، وقيل ما دون الدرهم نحوفلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا ، والعيب فى السرقة لافرق فيه بين كونه من المولى أومن غيره إلا فى المأكولات ، فإن سرقها لأجل الأكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب ، وسرقها للبيع من المولى وغيره عيب ، ونقب البيت عيب وإن لم يسرق منه ، وإباق ما دون السفر عيب بلا خلاف . واختلفوا فى أنه هل يشترط خروجه من البلد ؟ فقيل شرط ، فلوأبق من محلة إلى محلة لايكون عيبا ، ومن القرية إلى مصر إباق وكذا على العكس . ولو أبق من غاصبه إلى المولى فليس بعيب ، ولوأبق منه ولم يرجع إلى المولى ولا إلى الغاصب ، فإن كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع إليه فهو عيب ، وإن لم يعرفه أو لايقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب فى الجارية وليست عيبا فى الغلام : البخر ، والدفر ، والزنا ، وولد الزنا ، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعانى تمنع منه فكانت عيبا . بخلاف الغلام فإنه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا ، إلا إذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا فى الغلام أيضا لأن الداء عيب . وفى فتاوى قاضيخان قال : إلا أن يكون فاحشا لايكون مثله فى عامة الناس فيكون عيبا . وعن أبى حنيفة : الدفر ليس عيبا فى الجارية أيضا إلا أن يفحش فيكون عيبا فيما دونه . وقيل إذا كان العبد أمرد يكون البخر عيبا به ، والصحيح أنه لافرق بين كونه أمرد وغيره . والدفر : نتن ريح الإبط ، يقال رجل أدفر وامرأة دفراء ، ومنه للسب يقال يادفار معدول عن دافرة ، ويقال شممت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما بإعجام الدال فبفتح الفاء لاغير وهو حدة من طيب أو نتن ، وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر . ذكره فى الجمهرة ، وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت : ذهب ذفره وأقبل بخره . قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة . والبجر بالجيم عيب ، وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمى بعض الناس أبجر ، وفى الصحابة غالب

فى الأصل والجامع الكبير . قال (والدفر والبخر عيب فى الجارية) الدفر : رائحة موذية تجىء من الإبط ، والذفر بالذال المعجمة : شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة ، ومنه مسك أذفر وإبط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب فى الجارية ، وهكذا فى الرواية . والبخر : نتن رائحة الفم ، كل منهما عيب فى الجارية للإخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش ، وليس بعيب فى الغلام لأنه لايخل بالخدمة المقصودة منه إلا أن يكون فاحشا لايكون فى الناس مثله ، لأنه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا ، والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام ، لأن الأول يخل بالاستفراش والثانى بطلب الولد ، فإن الولد يعير بزنا أمه وليسا بمخلين

(قوله ومنه مسك أذفر وإبط ذفراء ، وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول : فيه تأمل (قال المصنف والزنا وولد الزنا) أقول : وكون المبيع ولد الزنا فحذف المضاف والمضاف إليه (قوله والثانى بطلب الولد) أقول : خص الثانى بإخلال طلب الولد مع أن الأول مخل به أيضا لاختصاص الثانى به (قوله فإن الولد يعير بزنا أمه) أقول : وتأبى النفس من الاستيلاد ممن يعير بسراية ذلك إلى ولده .

إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا ، لأن اتباعهن يخل بالخدمة . قال (والكفر عيب فيهما) لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، ولأنه يمتنع صرفه فى بعض الكفارات فتختل الرغبة ، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لأنه زوال العيب . وعند الشافعى يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم ، وفوات الشرط بمنزلة العيب

ابن أبجر ، أو قلبه وسمى به فرس لعنترة ، وكذا الآدر وهو عظم الخصيتين ، والأذن عيب ، وهو من يسيل الماء من منخريه ، والبخر الذى هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح فى الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها . ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد ، لأنها إذا كانت ولد زنا عير الولد بأمه . وقوله (إلا أن يكون الزنا له عادة) استثناء من قوله دون الغلام . وقوله (على ما قالوا) يعنى المشايخ (لأن اتباعهن يخل بالخدمة) إذ كلما وجه لحاجة اتبع هواه . وقال : قاضيخان : لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لأنه يضعفه عن بعض الأعمال ويزداد بالحدود ضعفا فى نفسه انتهى . بل وفى عرضه وربما تأذى به عرض سيده . ومن العيوب عدم الختان فى الغلام والجارية المولودين البالغين ، بخلافهما فى الصغيرين ، وفى الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا . وفى الفتاوى قاضيخان : وهذا عندهم : يعنى عدم الختان فى الجارية المولدة ، أما عندنا عدم الخفض فى الجوارى لا يكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أى فى الغلام والجارية (لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر) للعداوة الدينية ، وفى إلزامه به غاية الإضرار بالمسلم ، ولا يأمنه على الخدمة فى الأمور

فى المقصود من الغلام وهو الاستخدام ، إلا أن يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فإنه يصير عادة ويحتاج إلى اتباعهن وهو مخل بالخدمة . قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب فى الجارية والغلام لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، والنفرة عن الصحبة تؤدى إلى قلة الرغبة وهى تؤثر فى نقصان الثمن فيكون عيبا ، ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق ، وعن كفارتى اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة ، فإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة فى الرد ، فإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لم يرد عندنا لأنه زوال العيب وزوال الشىء لا يكون إياه ، كما إذا اشترى معيبا فإذا هو سليم ، فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة . وقال الشافعى : يرد به لأنه فات شرط مرغوب ، لأن الأولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج . والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به فى المعاملات ، فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بأن ارتفع عنها فى أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبى حنيفة وادعى المشترى بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبى يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد أو سنتين فيما روى عن أبى حنيفة وزفر رحمهما الله أنها لم تحض لحبل بها أو لداء كان ذلك عيبا ترد به ، والمرجع فى الحبل قول النساء ، ويكتفى بقول امرأة واحدة فى حق سماع الخصومة ، وفى الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين . وقال أبو المعين : يكفى قول عدل واحد منهم . وقيدنا بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة ، لأنه إذا ادعى فى مدة قصيرة لا يلزم القاضى الإصغاء إلى ذلك ، وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل إلى انقطاع الحيض ، أو على انضمام الداء إليه لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيبا ، وكذا إذا بلغت المدة المذكورة وحاضت

(قوله ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول : الأولى أن يقال : يمنع عن صرفه فى كفارة القتل (قوله ولا عبرة به فى المعاملات) أقول : أى عند التجار (قوله بأن تكون دعواه مشتملة) أقول : معطوف على قوله بأن تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيبا) أقول : فيه بحث ؛ ألا يرى أن التعليل الذى ذكره بقوله لأن ارتفاع الدم علامة الداء لأن العادة الخ (قوله وكذا إذا بلغت المدة المذكورة) أقول : التقييد بالبلوغ إلى المدة المذكورة فى الاستمرار ضائع بل مخل ؛ فإن الاستمرار قبله عيب أيضا

(قال : فلو كانت الجارية بالغة لاتحيض أوهى مستحاضة فهوعيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ، ويعتبر فى الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبى حنيفة رحمه الله ، ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح .

الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف إليه من مكان إلى مكان ، ولا يقدر على إعتاقه عن كفارة قتل خطإ فتقل رغبته ، والوجه هوالأول ولذا قلنا إنه لو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لايرده لأنه زائل العيب ، والنكاح والدين عيب فى كل من الجارية والغلام ، وعند الشافعى تفصيل حسن فى الدين وهو أنه إن كان دينا يتأخر إلى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بأن اشترى شيئا بغير إذن المولى ، وإن كان فى رقبته بأن جنى فى يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده إلا أن يقال : وبعد العتق قد يضره فى نقصان ولائه وميراثه (قوله وإذا كانت الجارية بالغة لاتحيض أوهى مستحاضة فهو عيب لأن انقطاع الحيض) فى أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب ، وقد يتولد المرض من الانقطاع فى أوانه ، بخلاف ما إذا كانت بسن الإياس فإن الانقطاع ليس عيبا حينئذ فحقيقته التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم : إذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغى أن يدعى بأحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه ، لأن الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا ، والمرجع فى الحبل إلى قول النساء ، وفى الداء قول الأطباء ، ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع إلا أن يتفق منهم عدلان ، بخلاف العيب الذى لايطلع عليه إلا النساء فإنه يقبل فى توجه الخصومة قول امرأة واحدة ،وكذا فى الحبل . وفى الكافى : نص على الاكتفاء فى المرض الباطن بقول طبيب عدل ، ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة ، وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع الكبير وهو أوجه ، لأنه لتوجه الخصومة لا للرد . وفى التحفة : إذا كان العيب باطنا لايعرفه إلا الخواص كالأطباء والنخاسين ، فإن اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل،ويثبت العيب فى إثبات حق الخصومة . وفى فتاوى قاضيخان : إن أخبر بذلك واحد ثبت العيب فى حق الخصومة والدعوى ، ثم يقول القاضى : هل حدث عندك هذا العيب ؟ فإن قال نعم قضى عليه بالرد ، وإن أنكر ولا بينة له استحلف كما سنذكر (ويعتبر فى الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنها (سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة ، ويعرف ذلك) أى الارتفاع والاستمرار (بقول الأمة) لأنه لاطريق له إلا ذلك (فإذا انضم إلى قولها نكول البائع) إذا استحلف (قبل القبض أو بعده فى الصحيح ردت) واحترز بقوله فى الصحيح عما روى عن أبى يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة . وعما عن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء .

ولم ينقطع كان ذلك عيبا ، لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ، لأن العادة فى التى خلقت على السلامة الحيض فى أوانه والمعاودة على وجه لايدوم ، فإذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أوحاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء فى بطنها والداء عيب ، ويعرف ذلك : أى الارتفاع والاستمرار بقول الأمة ، فإن أنكر البائع ذلك لاترد عليه إلا بحجة ، ولا يقبل فيه قول الأمة وحدها فيستحلف البائع ، فإن نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده فى ظاهر الرواية ، وهو الصحيح لأن شهادة النساء فيما لايطلع عليه الرجال مقبولة فى توجه

(قال المصنف : وهو الصحيح) أقول : قال ابن الهمام : احترز بقوله هو الصحيح عما روى عن أبى يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة . وعن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض ينفسخ بقول النساء انتهى . وله كلام متعلق به بعد صحيفه .

. . . .

وجه الصحيح أن شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها إلا بمؤيد وهو نكول البائع ، ثم ذكر فى النهاية فى صفة الخصومة فى ذلك أن المشترى إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضى يسأله عن مدة الانقطاع ، فإن ذكر مدة قصيرة لاتسمع دعواه ، وإن ذكر مدة مديدة سمعت . والمديدة روى عن أبى يوسف مقدرة بثلاثة أشهر ، وعن محمد بأربعة أشهر وعشر . وعن أبى حنيفة وزفر بسنتين ، وما دون المديدة قصيرة ، فإن كان القاضى مجتهدا أخذ بما أدى إليه اجتهاده وإلا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان ، وإذا سمع الدعوى يسأل البائع أهى كما ذكر المشترى ، فإن قال نعم ردها على البائع بالتماس المشترى ، وإن قال هى كذلك للحال وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامها للحال ، وإن طلب المشترى يمين البائع يحلف البائع فإن حلف برئ ، وإن نكل ردت عليه ، وإن شهد للمشترى شهود لاتقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لأنها مما يمكن الاضطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى يعد عيبا ، وإن أنكر البائع الانقطاع فى الحال هل يستحلف ؟ عند أبى حنيفة لا . وعندهما يستحلف ، وهذا ينبو عن تقرير الكتاب ، وإنما يوافق تقرير الهداية مانقله صاحب النهاية بعد ماذكر هذا ماذكر عن فتاوى قاضيخان : اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشترى شهرا أو أربعين يوما . قال القاضى الإمام : ارتفاع الحيض عيب ، وأدناه شهر واحد إذا ارتفع هذا القدر عند المشترى كان له أن يرده إذا ثبت أنه كان عند البائع انتهى . وهذا كما ترى لايشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر ، وينبغى أن يعول عليه ، وما تقدم خلاف بينهم فى استبراء ممتدة الطهر ، فعند أبى حنيفة وهو قول زفر سنتان ، وعند أبى يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لأبى حنيفة ، وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر ، وفى رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى ، والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعى ذلك الاعتبار فإن الوطء ممنوع شرعا إلى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره ، فقدره أبو حنيفة وزفر هناك بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل ، فإذا مضتا ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس . وقدره محمد وأبو حنيفة فى رواية بأربعة أشهر وعشر لأنها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها ، ولأن فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا ، وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها جعلت عدة التى لاتحيض ، والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيبا فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرها من المدد لأن كونه عيبا باعتبار كونه يؤدى إلى الداء وطريقا إليه ، وذلك لايتوقف على مضى مدة معينة مما ذكر . وبما ذكرنا ظهر أنه لايحتاج فى دعوى الانقطاع للرد به إلى تعيين أنه عن حبل أو داء فى الدعوى فإن كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا إلى الداء لا لأنه لايكون إلا عن داء يتقدم عليه ، فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيخان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما ، بل إذا ادعى الانقطاع فى أوانه فقد ادعى العيب ، ويكفى شهر واحد فإن به يتحقق الانقطاع فى أوانه وهو العيب ، لأنه إن كان فى الواقع مسببا عن داء فهو عيب وطريقا إليه ، فكذلك فيكفى فى الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذى يجب أن يعول عليه ، وإلا فقلما يظهر للطبيب داء بممتدة الطهر ، وكثيرا مايكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لايظهر بها داء ، وهذا هو ظاهر الهداية ؛ ألاترى إلى قوله ويعرف ذلك بقول الأمة ، وكذا قال الإمام العتابى وغيره إنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لايقف على ذلك غيرها ، فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل فى دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ

الخصومة فقط . وعن أبى يوسف أنها ترد قبل القبض بقول الأمة وبشهادة النساء لأن العقد قبل القبض لم يتأكد

توجه اليمين على البائع ، بل لايرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء ، فظهر أن ما ذكر فى النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل فى دعوى انقطاع الحيض ، ثم إنه يحتاج فى توجه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقرير ما فى الكتاب ، بل ماذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطؤهم ، وكذا ماذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا قال المشترى ليست بكرا وقال البائع بكر فى الحال فإن القاضى يريها النساء ، فإن قلن هى بكر لزم المشترى من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الأصل البكارة ، وإن قلن هى ثيب لايثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمها بحكم البيع وهى بكر إن كان بعد القبض ، وإن كان قبله حلف أنها بكر غير موافق لأن العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى بالنكول على ما فى الكتاب والعتابى وغيرهما ، وفى البكارة لابد من رؤية النساء ، وكيف ولا طريق إلى استعلام الانقطاع إلا قولها ، بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها إلى قولها ، وإذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح إن كان احترازا عن قول أبى يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة ، وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب ، فإن ما عن أبى يوسف ومحمد فى ذلك إنما هو فى دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح ، إذ لايعرف ذلك إلا من النساء ، وقول النساء هنا إنها منقطعة الحيض غير معتبر ، وقد ذكروا أن الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لاتقبل إذ لايطلع عليه . وترتيب الخصومة على ما فى الهداية وقاضيخان والعتابى وهو ما صححناه أن يدعى الانقطاع فى الحال ووجوده عند البائع ، فإن اعترف البائع بهما ردت عليه ، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع فى الحال استخبرت الجارية ، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده ، فإن نكل ردت عليه ، وهذا قول المصنف ترد إذا انضم إليه نكول البائع ، ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع فى الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع ، والغرض أن لاتقبل عليه بينة والمشترى يدعيه فقد صرح فى النهاية بما قدمناه من أنه إذا أنكر الانقطاع فى الحال لايستحلف عند أبى حنيفة ويستحلف عندهما ، ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم أنها منقطعة عند المشترى ، فإن نكل اتجهت الخصومة وإن حلف تعذرت ، ولعمرى قلما يحلف كذلك إلا وهو بار ، ومن أين له العلم بأنها عند المشترى لم تحض ، وكأن المذكور فى النهاية مبنى على ماذكره هو فى صورة الخصومة ، وأما على ما فى الهداية فإن القول قولها فى الانقطاع . ويمكن أن يجرى فيه أيضا ، وهذا تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعى عيب لاعن بائن والنكاح عيب فيهما ، وكثرة الخيلان وحمرة الشعر إذا فحشت بحيث يضوب إلى البياض ، وكذا الشمط فى غير أوانه دليل الداء وفى أوانه دليل الكبر ، والعشا أن لايبصر ليلا ، والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواده وسواد الظفر ، والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه ، بخلاف أعسر يسر وهو أن يعمل بهما معا فإنه زيادة حسن ، والقشم وهو يبوسة الجلد وتشنج فى الأعضاء ، والغرب وهو ورم فى الأماق وربما يسيل منه شىء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل ، والحول والحوص نوع منه ، والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمى الأشتر ، والظفر هو بياض يبدو فى إنسان العين وجرب العين وغيرها ، والشعر والقبل فى العين ، ومنه قول الشاعر يصف خيلا : * تراهن يوم الروع كالحدإ القبل * والماء فى العين والسبل ، والسعال القديم إذا كان عن داء ، فأما القدر

(قال : وإذا حدث عند المشترى عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن فى الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ، ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر .

المعتاد منه فلا ، والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين ، والمشش وهو ورم فى الدابة له صلابة ، والفدع وهو اعوجاج فى مفاصل الرجل ، والفحج وهو تباعد ما بين القدمين ، والصكك وهو صك إحدى ركبتيه بالأخرى ، والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج ، والسلعة والقروح وآثارها ، والدخس وهو ورم يكون بأطراف حافر الفرس والحمار ، والحنف وهو ميل كل من إبهامى الرجل إلى أخرى . وقال محمد بن الأعرابى : الأحنف الذى يمشى على ظهر قدميه ، وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء فى أصل العنق ، وقيل ميل فى البدن ، والشدق سعة مفرطة فى الفم ، والتخنث قيل إذا فحش أو كان يأتى بأفعال ردية ، والحمق ، وكونها مغنية ، وشرب الغلام ، وترك الصلاة وغيره من الذنوب . وقلة الأكل فى البقرة ونحوها وكثرته فى الإنسان وقيل فى الجارية عيب لا الغلام ، ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط ، وعدم المسيل فى الدار والشرب للأرض ، وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى إلا بالسكر ، وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها ، بخلاف ما إذا كانت دميمة أو سوداء ، والعثار فى الدواب إن كان كثيرا فاحشا ، وكذا أكل العذار والجموح والامتناع من اللجام ، وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة إذا علق عليه فيها ، وكثرة التراب فى الحنطة ترد به ، بخلاف ما إذا كان معتادا ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته ، وكذا لو اشترى خفا أو مكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب . ولو باع سويقا ملتوتا على أن فيه كذا من السمن أو قميصا على أن فيه عشرة أذرع والمشترى ينظر إليه وظهر خلافه فلا خيار له (قوله وإذا حدث عند المشترى عيب) بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لأن الرد إضرار بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما) فلو ألزمناه به معيبا تضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشترى فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشترى فله ذلك (لأنه رضى بالضرر) وما كان عدم إلزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه ، فإذا رضى فقد أسقط حقه ، اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بأن كان

فجاز أن يفسخ بشهادتهن (قال : وإذا حدث عند المشترى عيب) إذا حدث عند المشترى عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لأن فى الرد إضرارا بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده إليه معيبا به والإضرار ممتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أى عن البائع ، ويجوز أن يعود إلى المشترى لأنه أيضا يتضرر بالمعيب ، لأن مطلق العقد يقتضى السلامة ، والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لأنه رضى بالضرر ، والرضا إسقاط لحقه ، كما أن للمشترى أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم . فإن قيل : أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن . أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن ، وها هنا كذلك كما مر .

(قال المصنف : ولا بد من دفع الضرر عنه) أقول : أى عن البائع ، ويجوز أن يعود إلى المشترى . والثانى أولى عندى ، فإن ما يتعلق بحال البائع تم عند قوله فامتنع كما لا يخفى .

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث (فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك) لأن الامتناع

المبيع عصيرا فتخمر عند المشترى ، ثم اطلع على عيب فإنه لو أراد البائع أن يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على إهداره ، كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها . فإن قيل : ينبغى أن يرجح جانب المشترى فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته . أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله ، كالغاصب إذا عمل فى الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالحمرة لأن الظالم لا يظلم ، والضرر عن المشترى يندفع بإثبات حق الرجوع بحصة العيب . فإن قيل : فقد تقدم أن الأوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها . أجيب بأنها اعتبرت أصولا ضرورة جبر حق المشترى وإلا يهدر كما صيرت أصولا بالقصد من إتلافهما ، وكل ما رجع بالنقصان فمعناه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوّم مع العيب وينظر إلى التفاوت ، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن ، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ، ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشترى ، أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كأن قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان ، وكذا إذا قتل عند المشترى خطأ لأنه لما وصل البدل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل ، فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ، ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع .

[فرع] لا يرجع بالنقصان إذا أبق العبد مادام حيا عند أبى حنيفة ، وبه قال الشافعى لأن الردّ موهوم فلا يصار إلى خلفه وهو الرجوع بالنقصان إلا عند الإياس من الأصل : وعند أبى يوسف يرجع لتحقق العجز فى الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه) يعنى ولم يخطه (ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع لأنه عيب حادث ، فإن قال البائع أنا أقبله كذلك) أى مقطوعا (كان له ذلك لأن الامتناع) أى امتناع رده

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه) ومن اشترى ثوبا فقطعه (فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذى هو عيب حادث . لا يقال : البائع يتضرر برده معيبا والمشترى بعدم رده ، فكان الواجب ترجيح جانب المشترى فى دفع الضرر لأن البائع غره بتدليس العيب . لأنا نقول : المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب إذا صبغ المغصوب فكان فى شرع الرجوع بالعيب نظر لهما ، وفى إلزام الرد بالعيب الحادث إضرارا للبائع لا لفعل باشره ، وفى عدم الرد وإن كان إضرار بالمشترى لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو أنظر لهما ، إلا إذا قال البائع أنا أقبله كذلك فإن له ذلك لأن الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان إسقاطا لحقه . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبى حنيفة رحمه الله . أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ، ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع ، فإن باعه المشترى يعنى بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشىء لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع ، فإن المشترى يصير بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان إذ ذاك لإمكان رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع ، ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لأن الرد قد امتنع بسبب الزيادة ، لأن الفسخ إما أن

لحقه وقد رضى به (فإن باعه المشترى لم يرجع بشىء) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فإن قطع الثوب وخاطه أوصبغه أحمر ، أولتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لاوجه إلى الفسخ فى الأصل بدونها لأنها لاتنفك عنه ، ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فإن باعه المشترى بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع ، وعن هذا

(لحقه وقد رضى به) أى برده معيبا فزال المانع (فإن باعه المشترى) أى بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشىء لأن الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع) فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا المبيع) بالبيع (فإن) كان المشترى (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو كان) المبيع (سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لأنه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة ، وإنما امتنع (لأنه لاوجه للفسخ فى الأصل) أعنى الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لأنه لاينفك عنه ولا إلى الفسخ معها (لأن الزيادة ليست مبيعة) والفسخ لايرد على غير المبيع لأنه رفع ما كان من البيع فيبقى ماكان من المبيع والثمن على ما كان ، فلو رده على الزيادة لزم الربا فإن الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا فى عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا ، وليس للبائع أن يأخذه) وإن رضى المشترى بترك الزيادة (لأن الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ماذكرنا من لزوم الربا ورضاه بإسقاط حقه لايتعدى إلى حق الشرع بالإسقاط ، وإذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشترى رجع بالنقصان لأن الرد) لما امتنع لم يكن المشترى ببيعه حابسا له عن البائع (وعن هذا) الأصل وهو أن الرد إذا كان ممكنا فأخرجه عن ملكه لايرجع بالنقصان لأنه

يرد على الأصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل إلى شىء من ذلك . أما الأول فلأنها لاتنفك عنه . وأما الثانى فلأن الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد إلا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة فى حق الشرع لكونه ربا فليس للبائع أن يقول أنا آخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر . ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فإنها لاتمنع الرد بالعيب لأن فسخ العقد فى الزيادة ممكن تبعا للأصل لأن الزيادة هنا تمحضت تبعا للأصل باعتبار التولد . بخلاف الصبغ والخياطة . واعلم أن الزيادة إما متصلة أو منفصلة ، وكل منهما إما متولدة من المبيع أو غير متولدة ، فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لاتمنع الرد فى ظاهر الرواية ، وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق ، والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع منه لما مر من التعليل ، وغير المتولدة كالكسب لاتمنع ، لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد فى الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشترى مجانا ، بخلاف الولد . والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال منّا لأنه تولد من المنافع ، والمنافع غير الأعيان ولهذا كانت منافع الحرة مالا ، وإن لم يكن الحرّ مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع ، فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا ، فإن باع المشترى الثوب المخيط أو الثوب المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشترى بالبيع حابسا بالمبيع ، ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا ، والأصل فى ذلك أن كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع ، فإن أخرجه عن ملكه لايرجع بنقصان العيب ، وكل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشترى ويمكنه الرد وإن رضى به البائع ، فإن أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب (وعن هذا) أى عما قلنا إن المشترى متى

قلنا : إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لايرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل فى الأول قبل الخياطة ، وفى الثانى بعدها بالتسليم إليه) .

حابس ، وإن كان مع عدم إمكانه يرجع لأنه غير حابس (قلنا : إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لايرجع بالنقصان) لأن التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما إليه وهو نائبه فى التسلم فصار به حابسا للمبيع مع إمكان الرد ، والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا) والباقى بحاله (رجع) بالنقصان لأنه لم يصر مسلما إليه إلا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التى هى الخياطة قبل إخراجه عن ملكه ، فبعد ذلك لايتفاوت الحال بين أن يخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة أولا فى جواز الرجوع بالنقصان ، وهو معنى ما فى الفوائد الظهيرية من أن الأصل فى جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لايرجع بالنقصان ، وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وإن رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى . وهذا أصل آخر فى الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة واللتّ بالسمن والغرس والبناء ، وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعى وأحمد ، ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضى المشترى لايجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا . ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحما فشواه أو دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لأنه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع ، وفى كون الطحن والشىّ من الزيادة المتصلة تأمل . والمتولدة من الأصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لايمتنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية ، لأن الزيادة تمحضت تبعا للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها ، فكأن الفسخ لم يرد على زيادة أصلا ، والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر فى بيع الشجر والأرش والعقر ، وهى تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها ، ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشترى بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعا وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن ، وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض ، فإذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة ، وغير متولدة منه كالكسب وهى لاتمنع بحال بل يفسخ العقد فى الأصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذى هو الزيادة ، وهو قول أحمد والشافعى رحمهما الله ، وفيه الحديث الذى ذكرناه أول الباب الذى

كان حابسا للمبيع لايرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع (قلنا : إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان) لأن التمليك حصل قبل الخياطة ، لأنه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لأجله فتم الهبة بنفس الإيجاب وقامت يده مقام يد الصغير . فالقطع عيب حادث وللمشترى الرجوع بالنقصان وللبائع أن يقول أنا أقبله كذلك ، لكن باعتبار أن القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب ، وهذه نظير ما إذا باع بعد القطع قبل الخياطة ، وعلى هذا ذكر الخياطة فى هذه المسئلة ليس بمحتاج إليه إلا أنه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية (ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب) لأن القطع عيب حادث ، فللمشترى الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة ، فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لايكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله ، وهذه نظير ما إذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللتّ

قال (ومن اشترى عبدا فأعتقه أومات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لابفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لايرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل . وفى الاستحسان : يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمى ماخلق فى الأصل محلا للملك ، وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصارت كالموت ، وهذا لأن الشيء

فيه قول البائع إنه استغل غلامى فقال صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة فى حكم الكسب لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشترى ، ونحن نفرق بين الكسب الذى تولد من المنافع وهي غير الأعيان ، ولذا كانت منافع الحرمالا مع أن الحر ليس بمال ، والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتبا والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلمه له مجانا لما فيه من شبهة الربا .ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن ، وبه قال الشافعي قبل الحكم بالأرش ، وإنما قيد المصنف بقوله أحمر لتكون زيادة بالاتفاق فإن السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع ، وانتقاص المبيع فى يد المشترى يمنع الرد بأى سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فأعتقه) المشترى (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر ، فكأن الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع ، إذ امتناع الرد إنما يكون مانعا إذا كان عن فعل المشترى ، أما إذا ثبت حكما لشيء فلا ، وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان . واستشكل عليه ما إذا صبغ الثوب أحمر وأخواته فإنه يرجع بالنقصان مع أن الامتناع بفعله . وأجيب بأن امتناع الرد فى ذلك إنما هو بسبب الزيادة التى حصلت فى المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا . قيل فكان ينبغى للمصنف أن يزيد فيقول لابفعله الذى لايوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لايرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لأن العتق إنهاء للملك لأن الآدمى ماخلق فى الأصل للملك ، وإنما يثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا إلى الإعتاق) فيثبت (أنه إنهاء فصار كالموت ، وهذا) وهو الرجوع بالموت وما فى معناه بسبب أنه إنهاء (لأن الشيء بانتهائه

(قال : ومن اشترى عبدا فأعتقه) اشترى عبدا فأعتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به) أى يتم ، وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ ، وفيه إضرار للمشترى بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر . فإن قيل : قوله (والامتناع حكمي لابفعله) يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لايرجع بالنقصان وهو منقوض بما إذا صبغ الثوب أحمر فإنه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب . أجيب بأن امتناع الرد هناك بسبب وجود زيادة فى المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا . ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول : والامتناع حكمي لابفعله الذى لايوجب الزيادة ، والحق أن يقال فى الجواب عدم الرد فى الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة فى المبيع لابفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لايرجع لأن الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع ، لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكأنه فى يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفى الاستحسان : يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمى ماخلق فى الأصل محلا للملك ، وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى وقت الإعتاق والموقت إلى وقت ينتهي بانتهائه ، فكان الإعتاق إنهاء كالموت (قوله وهذا) أى جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه

(قوله فإن قيل قوله والامتناع حكمي ، إلى قوله : لايرجع بالنقصان) أقول : إن أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع ، وإن أراد دلالتها على سببية فى الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ، ولا يرد النقض والرد الذى أوردته

يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ، والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمى (وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل . وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض (فإن قتل المشترى العبد أوكان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه

يتقرر) إلى آخر ماقررناه . وقوله (والتدبير والاستيلاد بمنزلته) أى بمنزلة الإعتاق وإن لم يزيلا الملك كما يزيله الإعتاق (لأنه يتعذر) معهما (النقل) من ملك إلى ملك وبذلك يتعذر الرد . وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والإعتاق . وقوله (بالأمر الحكمى) أى بحكم الشرع لابفعل المشترى كالقتل (فإن أعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشيء) وكذا لو كاتبه لأن المشترى حبس بدله وحبس البدل كبحس المبدل (وعن أبي حنيفة رضى الله عنه أنه) أى المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف ، وبه قال الشافعى وأحمد (لأن العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (إنهاء للملك) أعنى الرق ، وبهذا يثبت به الولاء فى الوجهين ، وإذا كان إنهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد ، والوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحبس بدله (قوله فإن قتل المشترى العبد) أى لم يمت عنده حتف أنفه (أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رضى

فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر فصار حابسا ؛ ألا ترى أن الولاء يثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاد بمنزلة الإعتاق) لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالرد بالأمر الحكمى مع بقاء المحل والملك . فإن قيل : كيف يكونان كالإعتاق وهو منه دونهما (فالجواب أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا ، وهاهنا الملك متقرر فلا حاجة إليه (وإن أعتقه على مال) أوكاتبه (لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله ، وحبس البدل كحبس المبدل . وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأن الإعتاق إنهاء الملك وإن كان بعوض لأن المال فيه ليس بأمر أصلى بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به . وإن قتل المشترى العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب فى ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف أنه يرجع . وذكر فى الينابيع قول محمد معه لأن قتل المولى عبده لايتعلق به حكم دنيوى يفيد بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه . وجه الظاهر أن القتل لايوجد إلا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم «ليس فى الإسلام دم مفرج» أى مبطل . وسقوط القصاص والدية عن المولى فى قتل عبده إنما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا ، بخلاف الإعتاق فإنه ليس بموجب للضمان فى غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ، ومن أحد الشريكين إذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستقضيا فيمتنع الرجوع ، وإذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لايرجع عند أبي حنيفة استحسانا ، وعندهما يرجع لأنه فعل بالمبيع مايقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الرد تعذر بفعل مضمون من المشترى فى المبيع كما إذا باع أو قتل ، وذلك

على جوابه ، ولك أن تقول : الباء فيه للملابسة ، ولا يلزم الاطراد فتأمل ، وأنت خبير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لأن الامتناع بفعله لكان أظهر ، إذ لايرد حينئذ ما أوردناه ، والحق أن يقال فى الجواب عدم الرد . أقول : أنت خبير بأن عبارة الجواب السابق لا تأبى عن الحمل على هذا المعنى (قوله فصار حابسا) أقول : فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الإنهاء يحتاج الخ) أقول : فيه بحث فإن مراد القائل كيف يكونان كالإعتاق ولا يجرى فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس فتأمل (قال المصنف : ووجه الظاهر أن القتل لايوجد) أقول : ولقائل أن يقول : المعتق يستفيد بإعتاق الولاء فلم لم يجعل مستقضيا .

الله ، أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لايتعلق به حكم دنياوى فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء . ووجه الظاهر أن القتل لايوجد إلا مضمونا ، وإنما يسقط الضمان ها هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا ، بخلاف الإعتاق لأنه لايوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا ، وأما الأكل فعلى الخلاف ، فعندهما يرجع وعنده لايرجع استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق . وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فأشبه البيع والقتل ، ولا معتبر بكونه مقصودا ؛ ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع ، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض ،

الله عنه أما القتل فالمذكور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف أنه يرجع) وذكر صاحب الينابيع أن محمدا معه وهو قول الشافعي وأحمد (لأن قتل المولى عبده لايتعلق به حكم دنياوى) من قصاص أو دية (فكان كالموت حتف أنفه) وإنما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب إذا كان بغير حق ووجه الظاهر أن القتل لايوجد إلا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم « ليس فى الإسلام دم مفرج » أى مهدر (وإنما سقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره فى غير ملكه كان مضمونا ، ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه إن كان عمدا وسلامة الدية للمولى إن كان خطأ فكان كأنه باعه (بخلاف الإعتاق) لأنه ليس بفعل مضمون لامحالة لأنه فى ملك الغير لاينفذ ، وعتق أحد الشريكين إن نفذ لايتعلق به ضمان إذا كان معسرا ، بل إذا كان موسرا على تقدير فلم يوجبه بذاته فلم يستفد : أى لم يلزم استفادته بالإعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما (وأما الأكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد ، وفى الخلاصة عليه الفتوى ، وبه أخذ الطحاوى (وعنده لايرجع استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لايرجع وعندهما يرجع (لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالإعتاق) بخلاف القتل والإحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله أنه أتلفه بفعل مضمون منه) لو وجد فى غير ملكه غير أنه سقط : أى انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا معتبر بكونه مقصودا) بالشراء لأنه وصف طردى لا أثر له فى إثبات الرجوع (ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخيره جوابه عن دليلهما يفيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما ، وأورد عليه القطع والخياطة فإنهما موجبان للضمان فى ملك الغير مع أنه يرجع بالنقصان فيهما . أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ، ولا كذلك هنا فإنه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم فى الخياطة للزيادة ، أما فى مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعنى لايرد ما بقى ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لأن الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار (فصار كما لو باع بعضه) ثم اطلع على عيب فإنه يبطل حقه فى الرجوع

لأن الأكل واللبس موجب للضمان فى ملك الغير ، وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له . والجواب عن قولهما إنه لامعتبر بكونه مقصودا لأن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وإن أكل

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل. وعنهما أنه يرد ما بقى لأنه لايضره التبعيض (قال: ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا، ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ماقيل

من غير قول زفر فإنه قال: يرجع بنقصان العيب فى الباقى إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن. وعنهما روايتان: رواية أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل فلا يرد الباقى. ورواية يرد مابقى لأن الطعام لايضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل، هكذا ذكر المصنف، وهو نقل القدورى فى كتاب التقريب. وفى شرح الطحاوى أن الأول قول أبى يوسف قال: يرجع بالنقصان فى الكل إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن، وأن الثانى قول محمد قال: وكان الفقيه أبو جعفر يفتى بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبى الليث. وفى شرح المجمع قال أبو يوسف: يرد ما بقى إن رضى البائع لأن استحقاق الرد فى الكل دون البعض فيتوقف على رضاه. وقال محمد: يرد ما بقى وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعيض لايضره، وفيما لو باع البعض عنهما روايتان: فى رواية لايرجع بشىء كما هو قول أبى حنيفة لأن الطعام كشىء واحد فبيع البعض كبيع الكل، وفى رواية يرد ما بقى لأنه لايضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع. وفى المجتبى عن جمع البخارى أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقى، وبه يفتى، ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لايرجع بشىء، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باق، ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مر رد مابقى ورجع بنقصان ما خبز هو المختار، ولو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عنده وبه يفتى. وفى الكفاية: كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجده فى ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا) أو قرعا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف مالو كسره عالما بالعيب لايرده (ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره) بأن كان فى موضع يعز فيه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ماقيل) من أنه إذا كان كذلك

بعضه ثم علم بالعيب، فكذا الجواب عند أبى حنيفة لأن الطعام كشىء واحد فصار كبيع البعض. وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان: فى رواية يرجع بنقصان العيب فى الكل لأن الطعام فى حكم شىء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لايمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى. وفى رواية: يرد مابقى لأنه لايضره التبعيض فهو قادر على الرد فى البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله. وفى بيع البعض عنهما روايتان: فى إحداهما لايرجع بشىء كما هو قول أبى حنيفة وهو المذكور هاهنا لأن الطعام شىء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل. وفى الأخرى يرد ما بقى لأنه لايضره التبعيض ولكن لايرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل. قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) إذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قثاء أو جوزا) أو شيئا من الفواكه (فكسره) غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسدا) بأن كان منتنا أو مرا أو خاليا بحيث لايصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال إذ المال ماينتفع به إما فى الحال وإما فى المآل والمذكور ليس كذلك، وتفطن من القيود بأضدادها، فإنه إذا كسره عالما بعيبه صار راضيا، وإذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد،

لأن ماليته باعتبار اللبّ (وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لأن الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الإمكان .وقال الشافعي رحمه الله : يرده لأن الكسر بتسليطه . قلنا : التسليط على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ، ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لايخلو عن قليل فاسد ، والقليل مالا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة ،وإن كان الفاسد كثيرا لايجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحرّ والعبد

يرجع بحصة اللبّ ويصح العقد فى قشره بحصته من الثمن لأن العقد فيه صادف محله (لأن مالية الجوز) قبل الكسر ليس إلا (باعتبار اللبّ) وإذا كان اللب لايصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر أن العقد وقع باطلا . واختاره المصنف وأشار إليه الإمام السرخسي (وإن كان ينتفع به مع فساده) بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لأن الكسر عيب حادث عند المشترى (فيمتنع الرد فيرجع) بالنقصان إلا أن يتناول شيئا منه بعد العلم فلا يرجع بشىء ، ولذا قال الحلوانى : هذا إذا ذاقه فوجده كذلك فتركه ، فإن تناول شيئا منه بعد ماذاقه لايرجع بشىء . وأما إذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ فى شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر ومافيه جميعا . وقول المصنف (وقال الشافعى : يرده) يعنى إذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه . وفى شرح الأقطع قيده بما إذا كان الكسر مقدارا لايعلم العيب إلا به فله الرد فى الصحيح من قوليه انتهى .وليس هذا التفصيل عندنا ولا فى قول آخر للشافعى ثم وجه قول الشافعى على مافى الكتاب أن هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (قلنا : التسليط على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملكه فصار كما إذا كان) المبيع (ثوبا فقطعه) المشترى ثم اطلع على عيب فإنه لايرده مع أنه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالإجماع على أنه لايرده . وفى مسئلة القطع أن تسليطه هذا هدر ، وأن أن التسليط المعتبر هو ما لو سلطه أن يكسره وهو فى ملكه : أى ملك البائع بأن أمره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر . وأما البيع فتسليط للمشترى على أن يكسره فى ملك نفسه ولا أثر لهذا فى نفى ولا إثبات(ولو وجد البعض فاسدا فإن كان قليلا جاز البيع استحسانا لأن كثيرا) من الجوز والبيض (لايخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب فى الحنطة والشعير فلا يرجع بشىء أصلا ، وفى القياس يفسد وهو الظاهر (وإن كان كثيرا لايجوز البيع ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحرّ والعبد) فى صفقة

وإن تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا ، وإذا لم يكن مالا لايكون محلا للبيع فيكون باطلا . فإن قيل : التعليل صحيح فى البيض لأن قشره لاقيمة له ، وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة فى موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا فى القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا . أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ماقيل ، لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر ، وإذا كان اللب بحيث لاينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن ، وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب ، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا ، وإذا كان مما

(قوله وإن تناول منه شيئا بعد ماذاقه صار راضيا الخ)أقول : فيه بحث ، فإنه إذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلا لايفيد رضاه صحة البيع كما لو رضى بشراء الميتة والدم حيث لايصححه الشرع برضاه ، فالتقييد بما لايستلزم الرضا ضائع بل محل كما لايخفى على المتأمل .

(قال : ومن باع عبدا فباعه المشترى ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضى بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه) لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن ،

واحدة ، ولا نص فى المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة.وقال المصنف فى القليل إنه كالواحد والمثنى ، وفى النهاية أراد بالكثير ماوراء الثلاثة لا ما زاد على النصف ، وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة فى المائة من الجوز معفوا قال : : لأن مثل ذلك قد يوجد فى الجوز فصار كالمشاهد : يعنى عند البيع . ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه : قيل يجوز العقد فى الخمسة التى فيها لب بنصف الثمن بالإجماع ، وقيل يفسد فى الكل بالإجماع لأن الثمن لم يفصل ، وقيل العقد فاسد فى الكل عند أبى حنيفة لأنه يصير كالجمع بين الحىّ والميت فى البيع ، وعندهما يصح فى الخمسة التى فيها لب بنصف الثمن وهو الأصح لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة(قوله ومن باع عبدا فباعه المشترى) ثم رد عليه بعيب فإن قبله بقضاء القاضى (ب)سبب (إقراره) بالعيب أنه كان عنده ووجد عند المشترى منه وهو المشترى الآخر (أو ببينة) على ذلك لإنكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فله أن يرده على بائعه) الأول : يعنى له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب معه إلى أن يرده عليه. وقيده فى المبسوط بما إذا ادعى المشترى الثانى العيب عند البائع الأول أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشترى الأول لم يذكره فى الجامع ، وإنما ذكره فى إقرار الأصل فقال : ليس للمشترى الأول أن يخاصم مع بائعه بالإجماع ، لأن المشترى الأول لم يصر مكذبا فيما أقرّ به ، ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقى إقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد ، هذا وإنما يرده على ذلك التقدير لأن الرد بهذا الطريق (فسخ من الأصل) يعنى من كل وجه (فجعل البيع كأن لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه إذ لا مانع من ذلك ، وما يخال مانعا منه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع إنكاره العيب فبخصومته البائع الأول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ، ولذا قال زفر : إنه لا يرده عليه للتناقض المذكور ، وكذا

ينتفع به فى الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان من الجانبين. وقال الشافعى رحمه الله : يرده لأن الكسر وإن كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه . قلنا : التسليط على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا فى ملك المشترى ، وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما إذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدرا ، ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد إما أن يكون قليلا كاثنين فى المائة أو كثيرا كما فوقه . ففى الأول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاصم البائع لأجله لأنه عند الإقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز فى العادة لا يخلو عن هذا . وفى الثانى لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره ، وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحرّ والقن قال (ومن باع عبدا فباعه المشترى) ومن باع عبدا فباعه المشترى (ثم ردّ عليه بعيب ف)إما (إن قبل بقضاء القاضى) أو بغير قضائه ، فإن كان الأول فإما أن يكون بإقرار ، ومعنى القضاء فى هذه الصورة أن الخصم ادعى على المشترى الإقرار بالعيب والمشترى أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة ، وإنما احتيج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره لا يكون الرد محتاجا إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب ، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه إقالة وإما أن يكون (ببينة أو بإباء يمين) وفى كل ذلك له أن يرده على بائعه (لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع الثانى

(قوله لأنه إقالة الخ) أقول : لعل المراد لأنه كالإقالة .

غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة ، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع هناك واحدا والموجود هاهنا بيعان ، فيفسخ الثاني والأول لا ينفسخ

بالإقرار فإن معناه على ما فسره المصنف أن يدعى عليه أنه أقر بالعيب فينكر الإقرار فيشهد عليه بالإقرار ، فإن إقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ، ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الأول بالاتفاق. أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فانعدم إنكاره العيب هذا بعد تسليم أن إنكاره ظاهر فى الصدق وإلا فيجوز كونه لدفع الخصومة فإن كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ، ثم لو كان ظاهرا فى صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع إياه ، بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد الرد لأنه لا مكذب له . وقد يقال : تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته ، وكونه مؤاخذا فى حق نفسه بزعمه وهى الدافعة لخصومته للبائع الأول. وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرده لأن المعنى له أن يخاصم فيرده ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو بإباء يمين أو بإقرار من المأمور بالعيب ، كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة إلى خصومة والرد عليه بالخصومة لأن ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الأول قائما بعد انفساخ البيع الثانى فيحتاج إلى الخصومة فى الرد ، وهنا البيع واحدا فإذا ارتفع رجع إلى الموكل من غير تكلف زيادة ، وقيده فخر الإسلام بعيب لا يحدث مثله . فقال : له الرد بالبينة وبإباء اليمين وبالإقرار هو عيب لا يحدث مثله: أما فى عيب يحدث مثله يرده بالبينة وبإباء اليمين ولا يرده المأمور مع الإقرار لأن إقرار المأمور لا يسمع على الآمر : ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار والفرض أنه لا يحدث مثله أنه إذا اشتبه على القاضى أن هذا عيب قديم أولا أو علم أنه لا يحدث مثله فى مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشترى إلى إقامة البينة أو غيرها من الحجج أن تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضى حينئذ أن العيب كان فى يد البائع فيرده عليه ، أما إذا عاين القاضى تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج إلى شىء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة ، وقد اعترض قول محمد أنه بنكول الوكيل يلزم الموكل ، فإن النكول بذل عنده إقرار عندهما ، وبذل الإنسان لا يثبت فى حق غيره وإقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الآمر فى عيب يحدث مثله. أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه، ألا ترى أنه لو ادعى بمال على عبد مأذون له فى التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز

كالمعدوم) والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (قوله غاية الأمر) إشارة إلى جواب زفر عما قال : إذا جحد العيب ليس له أن يدعى على البائع الأول أن به عيبا لكون كلامه متناقضا . ووجهه أن غاية أمر المشترى إنكاره قيام العيب ، لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضى ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه فى الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) إشارة إلى الجواب عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل ، وفيما نحن فيه الرد على المشترى ليس ردا على البائع . ووجهه أن البيع فى صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على

(قال المصنف : لكنه صار مكذبا شرعا) أقول : قال ابن الهمام : وقد يقال : تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته ، وكونه مؤاخذا فى حق نفسه بزعمه ، وهى الدافعة لخصومته البائع الأول اهـ، وفيه بحث.

(وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده) لأنه بيع جديد فى حق ثالث وإن كان فسخا فى حقهما والأول ثالثهما

إلا فى نحو الضيافة اليسيرة ، وكذا عندهما لو نكل عن اليمين فى كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ، ولو كان إقرارا لم يملك الرجوع عنه ، والشيء إذا أجرى مجرى الشيء لايلزم كونه مجري مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الإقرار؟ عند أبي يوسف لا ، وعند محمد نعم ، وتظهر ثمرته فيما قال فى الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف : لو ادعى دارا فى يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعى بها ثم أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من المدعى قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ، ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لاتقبل . وقال محمد بن سماعة : لاتقبل فى الوجهين ، والنكول بمنزلة الإقرار ، وأبو يوسف يقول : ليس بصريح الإقرار فيقبل . وفى الإيضاح إن رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان فى عيب يحدث مثله أو لايحدث مثله ، لأن هذا الفسخ عقد جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى . يعني الفسخ الذى بلا قضاء . وقوله (وإن قبل) يعني المشترى الأول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لايرده) على بائعه ، هذا هو الشق الثانى من ترديد المسئلة . وحاصلها أن من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرده على البائع الأول خلافا لزفر ، وإن قبله بالتراضي ليس له أن يرده عليه لأن الرد بالتراضي بيع جديد فى حق الثالث والبائع الأول ثالثهما كأن المشترى الأول اشتراه من المشترى الثانى . ولو اشتراه المشترى الأول من المشترى الثانى لم يكن له أن يرده على الأول فلا خصومة فكذا هذا ، ولهذا لوكان على المشترى الأول فى الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشترى الأول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة فى الرد ولا فى الرجوع بالنقصان . وقال الشافعي : يرده إذا قبله بلا قضاء لأن الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله ، نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ، ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد فى حق ثالث وإن كان فسخا فى حقهما . فإن قيل : لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا فى وجوب كونه بيعا فى حق ثالث . أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا ، وقد قدمنا أن معنى الإقرار الشهادة عليه به ، ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الأصل وهو أنه فسخ من الأصل مسائل : إحداها المبيع لو كان عقارا لايبطل حق الشفيع فى الشفعة ، ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الأصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الأصل . و الثانية ما إذا باع أمته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع لاتصح دعوته ، ولو كان الرد بقضاء فسخا من الأصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الأب . والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشترى ثم رد المشترى بعيب بقضاء لاتبطل الحوالة ولو كان فسخا من الأصل بطلت . أجيب ببيان المراد وهو أن محمد ذكر فى مواضع أن بالرجوع فى الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لافيما مضى ؛ ألا ترى أن من وهب مال الزكاة إلى رجل قبل الحول فسلمه إليه ثم رجع فى هبته بعد الحول فإنه لايجب على الواهب زكاة

الموكل ، وفيما نحن فيه بيعان وبرد أحدهما لايرتد الآخر ، وإن كان الثانى فليس له أن يرده لأنه إقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والبائع الأول ثالثهما هذا إذا رد المشترى الثانى على الأول بعد القبض وأما إذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما إذا كان الرد بقضاء أو بغيره ، لأن الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الأصل فى حق الكل فصار

(قوله وإن كان الثانى فليس له أن يرده) أقول : معطوف على ماتقدم فى هذا القول ، وهو قوله فإن كان الأول فإما أن يكون بإقرار

(وفى الجامع الصغير : وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لايحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذى باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لايحدث سواء . وفى بعض روايات البيوع : إن كان فيما لايحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول

باعتبار مامضى ولا يجعل الموهوب عائدا إلى قديم ملك الواهب فى حق زكاة مامضى من الحول ، وكذا الرجل إذا وهب دارا لآخر وسلمها إليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ، ولو عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة ، وإذا عرف هذا الأصل خرجت المسائل المذكورة عليه . أما الشفعة فلأن حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لافيما مضى ، وكذا المسئلة الثانية لأن الأب إنما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة ، وكذا المسئلة الثالثة لأن الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فى إبطالها ، ولأن صحتها لاتستدعى عندنا دينا على المحال عليه ، ولهذا قال شيخ الإسلام : قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض ، لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لأن فسخ العقد بدون العقد لايكون ، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل وإذا انعدم الفسخ فى الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذى قلناه . وفى بعض المواضع قيده بعضهم بما إذا كان المبيع من غير النقود ، أما منها فلا، وذلك لمسئلة نقلها فى المحيط من المنتقى : أن من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشترى الآخر بالدينار عيبا ورده على المشترى بغير قضاء فإنه يرده على بائعه ، وذلك لمعنى وهو أن المبيعين حينئذ يكونان معدومين لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع ، فإذا رد على المشترى يرده بخلاف المبيعين فى غير النقود كمسئلة الهداية فإنهما موجودان فى ذلك إذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على بائعه ، وإذن مافيها من الإطلاق المذكور بالنسبة إلى موضوع المسئلة غير محتاج إلى هذا القيد . وقوله (وفى الجامع الصغير) إلى آخره إنما ذكره لأن ظاهره يخالف القدورى ، فإنه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لايحدث مثله ، وقيدها فى الجامع حيث قال : وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لايحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال : إنما قيد به ليعلم أنه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى ، لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لايحدث مثله كالأصبع الزائد والناقصة والسن الشاغبة ، فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال أنه حدث عند المشترى أولى . قال المصنف (وفى بعض روايات البيوع) أى بيوع الأصل (إن كان فيما لايحدث مثله يرجع) يعنى على البائع الأول إذا رده بالتراضى (للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) وقد فعلا بغير قضاء مالو رفع إلى قاض فعله لأن الرد متعين فى هذا فكان فعلهما كفعل القاضى والمراد لايحدث مثله مطلقا أو فى مدة كونه فى ملك المشترى الأول إلى رد المشترى الثانى . قيل ووجه عامة الروايات

كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية ، وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجواز فى عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة أو الناقصة ، وفى عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء ، وإن كان قد يتوهم أن العيب إذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يرده على بائعه لتيقنه بوجوده فى يد البائع وهو الذى ذكر فى بعض روايات بيوع الأصل ، والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة تعتمد التراضى فيكون بمنزلة بيع جديد فى حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه .

(قال : ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة ،

أن هذا رد ثبت بالتراضى فكان كالبيع الجديد ، ولا نسلم أنهما فعلا عين مايفعله القاضى لأن الحكم الأصلى فى هذا هو المطالبة بالسلامة ، وإنما يصار إلى الرد للعجز فإذا نقلاه إلى الرد لم يصح فى حق غيرهما ؛ ألا ترى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب ، وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لايحتمل التحول إلى غيره فافترقا . هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشترى الثانى بعد قبضه ، أما إذا كان قبل قبضه فللمشترى الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشترى الأول للمشترى الثانى بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الأول أن يرده مطلقا ، وعلمت أن الفسخ بالخيارين لايتوقف على قضاء . قال فى الإيضاح : الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض ، وولاية الدفع عامة فظهر أثره فى حق الكل ، ولهذا لايتوقف على القضاء ، فأما بعد القبض فموجب العقد وقد تناهى إلا أن حقه فى صفة السلامة قائم ، فإذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لأن الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه فى صفة السلامة ، وإنما ظهر أثره فى حق الكل لأنه ثبت بولاية عامة ، ولو كان بالتراضى ظهر أثره فى حقهما خاصة ، بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لأنه فسخ فى حق الكل لأن حقه فى الفسخ ثبت أصلا لأنهما يسلبان اللزوم فى أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له ، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لايتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة) على البائع أن العيب كان عنده وعنده ، ومقتضى هذا التركيب أنه إذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد ، فقدر ظهير الدين للثانى خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى . ولابد من تقدير آخر مع يحلف لأن معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف ، وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن ، بل إذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع إحدى صورتى التحليف كما يثبت مع إقامة البينة . وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان : أعنى الحلف وإقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم

قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة) فإن حلف البائع دفع إليه الثمن ، وإن أقام المشترى البينة فهو إن شاء يدفع الثمن أو المبيع . واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم الإجبار إما يمين البائع أو بينة المشترى ، وذلك بالنسبة إلى الأولى صحيح ، لأن باليمين يتوجه الإجبار ، وبالنسبة إلى الثانى ليس بصحيح لأن بإقامة البينة يستمر عدم الإجبار لاينتهى به . وأجابوا بأوجه : بأنه من باب * علفتها تبنا وماء باردا * تقديره وسقيتها ماء باردا ، وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم : أى حكم الإجبار أو حكم عدم الإجبار لأن كل واحد من الحلف وإقامة البينة حكم من الأحكام ، وهذا مثل قول من قال فى قوله علفتها تبنا أنه بمعنى أطعمتها ، فإنه يستعمل فى السقى كما يستعمل فى الطعم فى معنى الشرب ، قال تعالى ـ ومن لم يطعمه فإنه منى ـ أى ومن لم يشربه ـ وبأن الانتظار مستلزم لعدم

(قوله وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها الخ) أقول : هذا الجواب للإمام ظهير الدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول : هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكى ، وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول : أى لم يحكم بشىء (قوله وإقامة البينة حكم من الأحكام) أقول : أى وجه حكم فالمضاف محذوف .

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ، ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فإن قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعنى إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن فى الانتظار ضررا بالبائع ، وليس فى الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته ، أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه

به أو بعدمه بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة ، ومنهم من أول لايجبر بينتظر بدفع الثمن ، وإنما قلنا إنه لايجبر على دفع الثمن إذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لأنه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فإنه به أنكر تعين حقه) لأن حقه فى السليم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولا ليتعين حق البائع بإزاء تعين) حق المشترى فى (المبيع) ولم يتعين لأنه السليم وقد أنكره . وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق . فالجواب منع قيام الموجب لأنه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع ، وأيضا فقد يثبت ما ادعاه فيؤدى إلى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ما أمكن (فلو أن المشترى قال شهودى بالشام) مثلا فأمهلنى حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لايسمع ذلك بل (يستحلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن إن حلف) وإن نكل رد المبيع ، وإنما قلنا هذا (لأن فى الانتظار بالبائع كبير إضرار) لأن التأخير إلى غاية غير معلومة يجرى مجرى الإبطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة ، وليس فى الدفع كبير إضرار بالمشترى (لأنه على حجته) إذ له أن يقيم البينة بعد حلفه

الإجبار ، وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية . والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم (قوله لأنه أنكر وجوب دفع الثمن) تعليل لعدم الإجبار لأن المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه بدعوى العيب ، وإنكار تعين الحق إنكار علة وجوب دفع الثمن ، لأن وجوب دفع الثمن أولا ليس إلا لتعين حق البائع بإزاء تعين المبيع فحيث أنكر تعين حقه فى المبيع لأن حقه فى السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وفى إنكار العلة إنكار المعلول فانتصب خصما ولابد حينئذ من حجة ، وهى إما بينة أو يمين البائع . فإن قيل : فى هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضى إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة بالحديث . فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة ، وهو فيه مدع يدعى ما يوجب دفع الثمن أولا وإن كان فى الصورة منكرا (قوله ولأنه لو قضى بالدفع) دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق ، وما ادعاه المشترى من العيب موهوم ، والموهوم لايعارض المتحقق . وتقريره أن ما ادعاه المشترى وإن كان موهوما لكن يجب على القاضى اعتباره صونا لقضائه عن النقض ، فإنه إذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء . قال (فإن قال المشترى شهودى بالشام) إذا طلب من المشترى إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودى بالشام غيب (استحلف البائع) فإن حلف دفع إليه الثمن لأن فى الانتظار ضررا بالبائع . فإن قيل : فى إلزام المشترى دفع الثمن ضرر له أيضا . أجاب المصنف بقوله (وليس فى دفع الثمن كبير ضرر به لأنه على حجته) يعنى هو بسبيل من إقامة البينة

(قوله والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول : فيه بحث لأن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ماصرح به فى التلويح خصوصا فى الروايات وكلام المصنفين (قوله لأن المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه) أقول : ضمير حقه راجع إلى المشترى (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول : ولعل الصحيح فى الجواب أن يقال : إن صفة الإنكار إنما تقتضى إسناد اليمين إليه لو لم يكن إنكاره فى ضمن دعوى خلاف الظاهر ، وهاهنا فى ضمن ذلك فإن الظاهر فى المبيع هو السلامة (قوله وإن كان فى الصورة منكرا) أقول ، فيه بحث ، فإنه مدع صورة ؛ ألا يرى أنه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وإن كان موهوما لكن يجب على القاضى الخ) أقول : إذا سلم كونه موهوما فلا يجب على القاضى اعتباره ، وإلا فقلما يخلو قضاء عن أمر موهوم =

(قال : ومن اشترى عبدا فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عبده) والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده ، لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى

على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن ، بخلاف ما لو قال شهودى حضور فإن الإمهال هنا إلى المجلس الثانى ، ولا ضرر فى هذا القدر على البائع فيمهل . ولو قال أحضر بينتى إلى ثلاثة أيام أجلها ، وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة ، لأن ذلك فى العقود والفسوخ ، ولم يتناكرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير ، فالقضاء هنا بدفع الثمن إلى غاية حضور الشهود بالمسقط ، وهذا صريح فى قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه فى مثله : أعنى ما إذا قال لى بينة غائبة أو قال ليس لى بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل . وأما إذا قال لا بينة لى فحلف خصمه ثم أتى ببينة . فى أدب القاضى تقبل فى قول أبى حنيفة ، وعند محمد لا تقبل ، ولا يحفظ فى هذا رواية عن أبى يوسف . وفى الخلاصة من رواية الحسن عن أبى حنيفة تقبل ، وفى جمع النسفى فى قبول البينة عن أصحابنا روايتان : نعم تحليف البائع فى مسئلة الكتاب يخالف ما فى روضة القضاة إذا قال بينتى غائبة لم يحلف عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحلف ، وكذا لو قال لى بينة حاضرة فى المصر فأحلفه ثم أتى بها لا يحلف فى قوله خلافا لأبى يوسف وقوله (أما إذا نكل ألزم العيب لأنه) يعنى النكول (حجة فيه) أى فى ثبوت العيب ، وقيد به لأن النكول ليس حجة فى كل شىء إذ ليس حجة فى الحدود والقصاص بالإجماع ولا فى الأشياء الستة عند أبى حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشترى (إباقا) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الإباق عنده (لا يحلف حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده) أى عند المشترى لأنه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه ، وإنما لزم ذلك (لأن القول وإن كان قوله) أى قول البائع لكن لا يعتبر إنكاره ولا يتوجه اليمين عليه (إلا بعد)

عند حضور شهوده . وفيه بحث من وجهين : الأول ما قيل فى بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضى وقد تقدم بطلانه . والثانى أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والآخر دونه ؟ والجواب عن الأول أن القاضى هاهنا قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان . وعن الثانى بأنه فى دعوى غيبة الشهود متهم : لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله فى حق غيره ، وإذا طلب المشترى يمين البائع فنكل ألزم العيب لأن النكول حجة فى ثبوت العيب . قيل هو احتراز عن النكول فى الحدود والقصاص بالإجماع وعن النكول فى الأشياء الستة عند أبى حنيفة . قال (ومن اشترى عبدا فادعى إباقا) إذا ادعى المشترى إباق العبد المشترى وكذبه البائع فالقاضى لا يسمع دعوى المشترى حتى يثبت وجود العيب عنده ، فإن أقام بينة أنه أبق عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب فى الحالة التى كانت عند المشترى فإن قال نعم رده عليه إن لم يدع الرضا أو الإبراء ، وإن أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضى للمشترى ألك بينة فإن أقامها عليه رده عليه ، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده ، وإنما لم يحلف قبل إقامة المشترى البينة لأن القول وإن كان قول البائع لكونه منكرا لكن إنكاره إنما يعتبر

— فلعل للخصم مدفعا ، إلا أن يفرق بين موهوم وموهوم . والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع السليم أو هو مع قبضه ، وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام (قوله قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقا) أقول : وإذا كان كذلك فلا يلزم البطلان فى الصورة الأولى أيضا ، إلا أن يقال : التوقيت هنا للضرورة دفع الضرر والأصل الإطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثانى بأنه فى دعوى غيبة الشهود ، متهم) أقول : ولك أن تجيب أيضا بأنا لم ننف الضرر عن المشترى ، بل قلنا إن ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان فى يد المشترى دون البائع فليتأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مماطلة) أقول : إذ ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب فى الحالة التى كانت الخ) —

ومعرفته بالحجة (فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب ، وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط

ثبوت قيام المدعى مسببا للرد (ومعرفته) أى معرفة قيام العيب (بالحجة) عند إنكاره ، وهذا فى دعوى نحو الإباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما ، أما فى عيب لايتوقف الرد فيه على عوده عند المشترى كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا ، وعرف أن معنى المسئلة أن يدعى إباقا فينكر قيامه فى الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فإنه يسأل عن وجوده عنده ، فإن اعترف رده عليه بالتماس المشترى ، وإن أنكر طولب المشترى بالبينة ، على أن الإباق وجد عند البائع ، فإن أقامها رده وإلا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط . قال المصنف (كذا قاله فى الكتاب) أى الجامع ، فإن عبارته هكذا : فإذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط . قالوا (وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى به أو بالله ما أبق) عندك قط ، كل من هذه العبارات حسنة ، بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب ، أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب . قالوا : لايحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشترى ، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، فإذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بارًّا فى يمينه ، وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم ، فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع فى يمينه : أى يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه يوجب برّه شرعا ، وليس كذلك فإن تأوّله كذلك لايخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هى يمين غموس ، والأخصر مع

بعد قيام العيب به فى يد المشترى ، لأن السلامة أصل والعيب عارض ، ومعرفته إنما لاتكون بالحجة ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن البينة إنما تقبل من المدعى والمشترى فى هذه الصورة ليس بمدّع ، بل فيما إذا ادعى العيب فى يد البائع . والثانى أن سلامة الذمم عن الدين أصل والشغل به عارض ، كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض ، فأىّ فرق بين مانحن فيه وبين ما إذا ادعى على آخر دينا فأنكر المدعى عليه ذلك ، فإن القاضى يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب ، وإن لم يثبت قيام الدين فى الحال وأجيب عن الأول بأن إقامة هذه البينة من تتمة إقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك إلا بهذه فكانت من المدعى بهذا الاعتبار ، وعن الثانى بأن قيام الدين فى الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى إلى إحياء حقه لأنه ربما لايكون له بينة ، أو كانت له بينة لكن لايقدر على إقامتها لموت أو غيبة ، بخلاف ما نحن فيه لأن توسل المشترى إلى إحياء حقه ممكن لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره ، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل ، وإذا ظهر هذا فإذا أقام المشترى البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط ، كذا ذكر فى المبسوط . وقيل المراد بالكتاب هاهنا الجامع الصغير ، وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط ، ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب

— أقول : يعنى فى الكبير أو فى الصغير (قوله وفيه بحث من وجهين ، إلى قوله : والثانى أن سلامة الذمم الخ) أقول : ولنا أن نجيب عن هذا البحث الثانى بأن فى الرد بالعيب لابد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشترى حتى يرده ، ولايلزم ثبوت الدين فى الحالتين للقضاء بالإيفاء ، بل يكفيه وجوده فى الحال (قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول : القائل هو الإتقانى .

أما لايحلفه بالله لقد باعه ومابه هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشترى لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، والأول ذهول عنه والثانى يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ، ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما . واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة رحمه الله . لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف .

الوفاء بالمقصود أن يحلف بالله ما أبق عندى قط(ولولم يجد المشترىبينه على وجود العيبعنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشترى يحلف على قولهما . واختلف المشايخ فى قول أبىحنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة ؟ فعن القاضى أبىالهيثم أن الخلاف مذكور فى النوادر عنده لايحلف ، وعندهما نعم . وفى شرح الجامع الكبير للشيخ أبىالمعين النسفى قال بعض مشايخنا منهمالشيخ الإمام أبوبكر محمد بن حامد : لاخلاف فى هذه المسئلة ، وتخصيص قولهما بالذكر لايدل على أن قول أبى حنيفة خلاف قولهما ، وإنما يحلف على العلم لأنه حلفعلى فعل الغير ؛ بخلاف حلفه على أنه ماكان عنده ، فقيللأنه وإن كان على فعل الغيرلكن الحلفعلى فعل

لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، وفى ذلك غفلة عن هذا المعنى ، وبه يتضرر المشترى ، وكذلك لايحلف بالله لقد باعه وسلمه ومابه هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ، ولجواز أن يحدث الغيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب فى الحالين جميعا ، ففى وجوده فى أحدهما يكون بارّا لأن الكل ينتفى بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشترى . وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعا إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك فى يمينه ليس بصحيح ، ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة فى التحليف وقال : إلا أنهم قالوا : النظر للمشترى ينعدم إذا استحلفه بهذه الصفة . وذكر الوجه المذكور ثم قال : والأصح عندى الأوللأن البائع ينفى العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارّا فى يمينه إذا لم يكن العيب منتفيا فى الحالين جميعا ، وعلى هذا فلقائل أن يقول فى عبارة المصنف تسامح لأنه قال(أما لايحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعاله (بأنه يوهم تعلقه بالشرطينفيتأوله) وقالوا : إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذالم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا ، وهو يناقض قوله لايحلفه إلا إذا حمل النفى على الوجه الأحوط فيستقيم . فإن قيل : الإباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات . فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه فى المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه . وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذى يحلف أنه لاعلم له بذلك ، أما إذا ادعى أن لى علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ، فإن لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشترى هل له ذلك أولا قيل له ذلك على قولهما . واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وهو المذكور فى النوادر ذكره الطحاوى وهو مختار المصنف ، وقيل لاخلاف فى هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء ولأبى حنيفة على قول من يقول لاتحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ، ولا تصح الدعوى إلا من خصم ، ولا يصير المدعى وهو

(قوله لأن شمس الأئمة ، إلى قوله : والأصح عندى) أقول : تصحيح شمس الأئمة لايكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور فى النوادر) أقول : أى الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لاخلاف فى هذه المسئلة الخ) أقول : بل قوله كقولهما .

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ، وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب ، وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذى قدمناه .

الغير إنما يكون على العلم إذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به ، أما إذا كان مدعيا فلا ؛ ألا ترى أن المودع إذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع أنه فعل الغير . وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما ، وهو قول الإمام السرخسى . والأول أوجه فإن معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة فى حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة عندى فيرجع إلى الحلف على فعل الغير . وأورد على الأول مسئلتان : إحداهما ما لو باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشترى عيبا فإنه يحلف فى نصيبه بالجزم وفى نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع أنه يدعى العلم بانتفاء العيب . الثانية إذا باع المتفاوضان عبدا وغاب أحدهما فادعى المشترى عيبا يحلف الحاضر على الجزم فى نصيب نفسه وعلى العلم فى نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى . والوجه عندى أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لاعكسه ، لأن تحليفه فى نصفه على العلم وفى نصفه الآخر على البتات وهو واحد : أعنى العيب فى ذات واحدة هو المشكل ، فالوجه ما ذكرنا ، والمسئلتان مشكلتان لأنه إن علم بالعيب كان علمه بالنسبة إلى النصفين أو جهله كان أيضا كذلك إلا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات فى مدته ما أبق عندى ، وعلى العلم فى مدة شريكه ما أعلم أنه أبق عند شريكى ؛ فليكن محملهما ذلك ، وعلى هذا فلو لم تكن إقامة العبد إلا عند هذا الشريك لا يحلف إلا على البتات ويكتفى بذلك ، إلا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ، ولو لم تكن إقامته إلا عند الذى مات لايحلف إلا على البتات لأن العقد اقتضى وصف السلامة . واعلم أن مما تطارحناه أنه لولم يأبق عند البائع وأبق عند المشترى وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشترى ذلك وأثبته يرده به لأنه معيب . والعقد أوجب على هذا البائع السليم ، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم ، وكذا فى كل عيب يرد بتكرره . وجه قوله على تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ، وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب) وإذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشترى (يحلف ثانيا لرد على الوجه الذى قدمناه) لأنه بنكوله أنزل مقرا بوجود العيب عند المشترى فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على أنه ما وجد عنده إلى آخر ما ذكرنا . وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لايلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا فى الحدود ؛ وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا فى دعوى غير صحيحة أولى . وفى الكافى : الأصح أنه لايحلف لأن

المشترى هاهنا خصما إلا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها . ولا نسلم أن كل مايترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف ؛ فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف ، والبينة لاتستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على مالا دعوى فيه أصلا كما فى الحدود ، بخلاف التحليف . والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم وأن يكون المشترى هنا خصما إلا بعد إثبات قيام العيب فى يده ولم يثبت كما تقدم ، وأما البينة هاهنا فمشروعة لإثبات كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما (وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد) على البتات (على الوجه الذى قدمناه) على ما تقدم .

(قوله والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة) أقول : وكذلك البينات ، فإذا كان لها حكم مخصوص هاهنا فلم لايجوز أن يكون للتحليف حكم كذلك .

قال رضى الله عنه : إذا كانت الدعوى فى إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ، لأن الإباق فى الصغر لايوجب رده بعد البلوغ

التحليف شرع لدفع الخصومة لا لإثباتها ، وهنا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإن توجه اليمين هو من الخصومة فبها تنتهى خصومة لاتندفع ، وكثيرا مايترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى . وأما قوله فى الوجه الحلف إنما يترتب على دعوى صحيحة فنقول : إن كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك ، لأنه إذا ادعى أنه وجد عنده عيب فى المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضى يطالب جوابه عنه : ألا ترى إلى قولهم فإن اعترف أن الأمر كذلك رد عليه ، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشترى فعلى المشترى البينة ، فإن عجز عنها حلف إلى آخره أو اعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشترى . وكل ذلك فرع إلزامه بالجواب بأحد هذه ، غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الأولى وهو وجوده ، لأن تحليفه على ذلك لايفيد مقصود المشترى من الرد إن لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته إلا بعده فوجب تقديمه ، وكذا لو كان العيب مما يكفى للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك ، وبهذا ظهر أن لافرق بين دعوى العيب ودعوى الدين فى أن كلا منهما يستدعى جوابا بما يليق بالحال وإن تكلف الفرق مع ضعفه على أن الخصومة هناك تتجه قبل إثبات الدين وهنا لا تتجه إلا بعد إثبات العيب غلط ، وإنما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعى الجواب . فكما أن له أن يجيب هنا بإنكار العيب عندهما رأسا كذلك له أن يجيب بإنكار الدين رأسا ، بمعنى أنه لم يثبت قط ، ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب فى الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه أن يثبت دخول الدين فى الوجود كذلك ، وإذا ثبت دخوله فى الوجود طالبه برده إليه ، فكذلك فى العيب يطالبه برد الثمن ورده ، فإذا تأملت لافرق والله أعلم . فالوجه ماقالا من إلزام اليمين على العلم ونفى الخلاف كما ذكر البعض ، لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول ، وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال إلا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لايضر ، لأنه إذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من إثبات كل منهما . ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعنى نفسه (إذا كانت الدعوى فى إباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أبق) عندى (منذ بلغ مبلغ الرجال) لأنه عساه أبق عنده فى الصغر فقط ثم أبق عند المشترى بعد البلوغ ، وذلك لايوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم ، فلو ألزمناه الحلف ما أبق عنده قط أضررنا به وألزمناه مالا يلزمه ، ولو لم يحلف أصلا أضررنا بالمشترى فيحلف كما ذكرنا ، وهذا فى كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده ، بخلاف مالا يختلف كالجنون ، وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة فى عيب الإباق ونحوه ، وهو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول فى الفراش والجنون والزنا . وبقى أصناف أخرى ذكرها قاضيخان هى مع

قال المصنف (إذا كانت الدعوى فى إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق فى الصغر لايوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم ، فلو حلف مطلقا كان ترك النظر فى حق البائع ، لأنه إذا أبق فى يد المشترى بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع فى حالة الصغر ومثل هذا الإباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به .

(قال : ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى) لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون القول للقابض

ماذكرنا تتمة أربعة أنواع : الأول أن يكون عيبا ظاهرا لايحدث مثله أصلا من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالأصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية : أى الزائدة ، فالقاضى فيهما يقضى بالرد إذا طلب المشترى من غير تحليف للتيقن به فى يد البائع والمشترى ، إلا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الإبراء منه ، فإذا ادّعاه سأل المشترى ، فإن اعترف امتنع الرد ، وإن أنكر أقام البينة عليه ، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه ، فإن حلف ردّه ، وإن نكل امتنع الرد . الثانى أن يدعى عيبا باطنا لايعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال ، فإن اعترف به عندهما رده ، وكذا إذا أنكره فأقام المشترى البينة أو حلف البائع فنكل إلا إن ادعى الرضا فيعمل ماذكرنا ، وإن أنكره عند المشترى يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفى والإثنان أحوط ، فإذا قال به ذلك يخاصمه فى أنه كان عنده. الثالث أن يكون عيبا لايطلع عليه إلا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة ، فعلى هذا إلا أنه إذا أنكر قيامه فى الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية ، فإذا قالت ثيبا أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم، وإذا انضم إليه نكوله عند تحليفه غير أن القرن ونحوه إن كان مما لايحدث ترد عند قول المرأتين هى قرناء بلاخصومة فى أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما فى الأصبع الزائدة إلا أن يدعى رضاه فعلى ما ذكرنا . وفى شرح قاضيخان : العيب إذا كان مشاهدا وهو مما لايحدث يؤمر بالرد وإن كان مما يحدث واختلف فى حدوثه فالبينة للمشترى لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار ، وهذا يعرف مما قدمناه . ولو اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لاينظر إليه الرجال ولا النساء، ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبيعه قال نعم يلزمه لأنه عرض على البيع ، ولو قال بعه فإن لم يشتر رده علىّ فعرضه فلم يشتر سقط الرد . ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشترى للبائع أنفقه ، فإن لم يرج رده علىّ فأنفق فلم يرج رده استحسانا ، ولوكان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط ، فإن قطعه وإلا رده ففعل فإذا هو قصير فله الرد . اشترى لميت كفنا ثم وجد به عيبا لايرده ولا يرجع بالأرش حتى يحدث به عيب مانع من الرد . وفى القنية : لو وجده معيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة أياما ثم عاد إليها فقال له بائعه لم سكتّ عن الخصومة مدة ؟ فقال لأنظر أنه يزول أولا فله رده . كذا فى المجتبى (قوله ومن اشترى جارية) أوغيرها من الأعيان (وتقابضا) فقبض البائع الثمن والمشترى الجارية (فوجد بها) المشترى (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد إلا أنه (قال بعتك هذه وأخرى معها) وإنما يستحق علىّ رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشترى بعتنيها وحدها) فاردد جميع الثمن ولا بينة لأحد (فالقول قول المشترى لأن هذا اختلاف فى مقدار المقبوض ، والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضمينا لأنه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ، ولأن البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك سقط للثمن عن المشترى والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن عليه بعد ماظهر سبب السقوط

قال (ومن اشترى جارية وتقابضا) ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشترى (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى ، لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض

كما فى الغصب) وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بينا. قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه، وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد.

والمشترى ينكر فالقول قوله، وصار (كالغصب) إذا ادعى المغصوب منه أنه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على أن المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشترى (لما بينا) (من أن القول قول القابض) قوله ومن اشترى عبدين (أو ثوبين) صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر) الذى لم يقبض (عيبا فإنه بالخيار) إن شاء أخذهما بجميع الثمن، وإن شاء ردهما، وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن فى هذه الصورة (لأن الصفقة إنما تتم بقبضهما) لأنها إنما تتم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون رد أحدهما وحده) تفريقا للصفقة قبل التمام، وهذا) أى كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها فى نفس العقد فيما إذا قال بعتكهما بألف فقال قبلت فى هذا بخمسمائة، وإنما كان كذلك (لأن القبض له شبه بالعقد) لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة، ولأنه أعنى القبض مؤكد لما أثبته العقد، حتى أن الشهود بالطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لأنه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه، فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قبل فى تمامه، وحكم المشبه حكم المشبه به، فإن الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام. ولو صلى وبين يديه نار وبقربه نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فإن الثابت الكراهة، وإنما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة،

(كما فى الغصب) فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت منى غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) فى مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشترى ماقبضت إلا إحداهما فالقول قول المشترى (لما بينا) أن فى الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض، بل هاهنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلقا لقبضهما، ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا أولى. قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يرد المعيب خاصة (بل يأخذهما أو يدعهما) جميعا (لأن الصفقة تتم بقبضهما) لما أن تصرف المشترى فى المبيع قبل القبض لايصح لعدم تمام الصفقة حينئذ، وما تتم بقبضه الصفقة لاتتم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل إذ ذاك، فالتفريق قبل قبضهما تفريق (قبل التمام) وهو لايجوز (لما ذكرنا) يعنى قبيل باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله (وهذا) أى التفريق فى القبض لا يجوز (لأن للقبض شبها بالعقد) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد، كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفريق فى القبض كالتفريق فى العقد) ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا.

(قوله لما بينا، إلى قوله: بل هاهنا أولى) أقول: فيه تأمل.

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه . ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة ، والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لايزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد) بأحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر . هو يقول : فيه تفريق الصفقة ولايعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الردىء فأشبه ماقبل القبض وخيار الرؤية والشرط . ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة فى خيار العيب وفى خيار الرؤية والشرط لاتتم به على مامر ،

هذا إذا كان العيب فى غير المقبوض (فإن وجد العيب فى المقبوض اختلفوا فيه . يروى عن أبى يوسف أنه يرده خاصة) لأن الصفقة تامة فى المقبوض (والصحيح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله) فما لم يقبض الكل لاتتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار تمام الصفقة) كحبس البيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لايزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقى من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ، ولو قال المشترى أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك (ف) أما (لو) كان (قبضهما) أعنى العبدين (ثم وجد بأحدهما عيبا) فإن له أن (يرده خاصة خلافا لزفر . هو يقول : فيه) أى فى رده وحده (تفريق الصفقة ، ولايعرى عن ضرر لأن العادة ضم الجيد إلى الردىء) لترويج الردىء ، وفى إلزامه المعيب وحده إلزام هذا الضرر فاستوى ماقبل قبضهما ومابعده فى تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) فى أن الصفقة لاتتم إذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر فى المبسوط وغيره . وقال القدورى فى التقريب : قال أصحابنا ، إذا اشترى عبدين صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة . وإن كان قبل القبض ردهما . وقال زفر : يرد المعيب فى الوجهين لأن العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض . وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ماذكر القدورى على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض يتم فى خيار العيب ، بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) إذا وجد المشترى بالمقبوض عيبا ، قالوا فى شروح الجامع الصغير : اختلف المشايخ فيه ، وكلام المصنف يشير إلى أن الاختلاف بين العلماء ، فإنه قال (ويروى عن أبى يوسف أنه يرده خاصة) ووجهه أن الصفقة تامة فى حق المقبوض فبالنظر إليه لايلزم تفريق الصفقة (والأصح أنه) ليس له ذلك (لأن تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع) لأجل الثمن فإنه لايزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لأحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرده خاصة) وقال زفر : لافرق بينه وبين ماتقدم لأن فيه تفريق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر إذ العادة جرت بضم الجيد إلى الردىء فأشبه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا أنه إذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر ، بخلاف خيار الرؤية والشرط فإن الصفقة لاتتم بالقبض فيهما على ما مر فى خيار الرؤية أن الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، وخيار العيب لايمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشترى عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد ، والأصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد ، وتضرر البائع إنما لزم من تدليسه فلا يلزم المشترى . لايقال : لوكان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس منه ، لأنه يستلزم التفريق قبل التمام وإنه لايجوز . قيل هذا الاختلاف فى شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين . وأما إذا لايمكن كزوجى الخف ومصراعى الباب فإنه يردهما أو يمسكهما ، حتى لو كان

ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال : ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أوأخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ؛ ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكرّ ونحوه . وقيل هذا إذا كان فى وعاء واحد ، فإذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر .

بدليل أنه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع أنه تفريق الصفقة على المشترى ، والضرر الذى لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر أن البائع عالم بحال المبيع وصار كما لوسمى لكل واحد ثمنا أوشرط الخيار فى أحدهما لنفسه ، ثم هذا فيما يمكن إفراد أحدهما دون الآخر فى الانتفاع كالعبدين ، أما إذا لم يكن فى العادة كنعلين أوخفين أومصراعى باب فوجد بأحدهما عيبا فإنه يردهما أو يمسكهما بالإجماع لأنهما فى المعنى والمنفعة كشيء واحد ، والمعتبر هو المعنى . وفى الإيضاح والفوائد الظهيرية : ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجى ثور وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لايعمل دونه لايملك رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيئا مما يكال) كالحنطة والتمر (أو يوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ، ومراده) إذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لوكان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل ، بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة فى غير المكيل والموزون دونهما وإنما قلنا بعد القبض يرد الكل (لأن المكيل إذا كان من جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشيء واحد) فإن الانتفاع والتقوم لايتحقق بآحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب أو بساط ونحوه (ألا ترى أنه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكرّ) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لايتمكن من رد بعض الثوب ، بخلاف الثوبين والعبدين فإنه بعد قبضهما يردّ المعيب خاصة لأنهما شيئان حقيقة وتقوّما وانتفاعا لايوجب إفراد أحدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه (قيل هذا) يعنى كونه يرد الكل (إذا كان فى وعاء واحد) أما (لو كان فى وعاءين) كما إذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد بأحدهما عيبا فإنه يرد ذلك العدل خاصة

المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لايعمل بدونه لايمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أى ولأن الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدين) بعد قبضهما (ليس للمشترى أن يردّ الآخر) بل العقد قد لزم فيه لأنه تفريق بعد التمام (قال : ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن) تفريق الصفقة لايجوز إذا كان قبل القبض فى سائر الأعيان ، وبعده يجوز فى غير المكيل والموزون ، وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان فى وعاء واحد أو فى وعاءين على اختيار المشايخ . وقيل إذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لأنه يرده على الوجه الذى خرج من ضمان البائع : ووجه الأظهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما . أما الأول فلأنه يسمى باسم واحد ككرّ وقفيز ونحوهما ، وأما الثانى فلأن المالية والتقوّم فيهما باعتبار الاجتماع ، لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لايجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد ، وفى الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيبا ليس له إلا رد الكل أو إمساكه ، لأن رد الجزء المعيب

(قال المصنف : ومراده بعد القبض) أقول : أما قبل القبض فالحكم فى غير المثلى والموزون أيضا كذلك (قال المصنف : وقيل هذا إذا كان فى وعاء واحد) أقول : اختار هذا القول فى فتاوى قاضيخان ولم يذكر غيره (قوله لأن رد الجزء المعيب) أقول : فيه بحث .

(ولو استحق بعضه فلا خيار له فى رد ما بقى) لأنه لايضره التبعيض ، والاستحقاق

كما ذكره فخر الإسلام قال : لأن تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب فى المعيب ، فإنه إذا كان مختلطا بالجيد يكون أخف عيبا مما إذا انفرد ، فلو رد كان مع عيب حادث عند المشترى ، بخلاف ما إذا كان فى وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لايوجب زيادة عيب . قال الفقيه أبو الليث : هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف لا على قول أبى حنيفة ، فإنه روى الحسن عن أبى حنيفة فى المجرد أن رجلا لو اشترى أعدالا من تمر فوجد بعدل منها عيبا ، فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأن التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض . وذكر الناطنى رواية بشر بن الوليد : لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا والآخر سواء ، فإما أن يرده كله أو يترك كله ، فقد رأيت كيف جعل التمر أجناسا مع أن الكل جنس التمر ، فعلى هذا يتقيد الإطلاق أيضا فى نحو الحنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية ، وهما جنسان يتفاوتان فى الثمن والعجين ، ويتقيد إطلاق فخر الإسلام أن فى الأعدال يرد المعيب خاصة بأن ذلك إذا كان باقى الأعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الأعدال برنيا وبعضها لبانة فيرد ذلك خاصة ، أما إذا كان الأعدال من جنس واحد بأن يكون كلها برنيا أو صيحانيا أو لبانة أو عراقية فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجريان ماذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أى بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشترى فى رد مابقى بل يلزمه أن لايرده . وروى عن أبى حنيفة أن له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لايضره التبعيض) لا فى القيمة ولا فى المنفعة ، أما فى القيمة فإن المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الأردب والغرارة . وأما فى المنفعة فظاهر فلا يتضرر به ، بخلاف غيره فإنه إن كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فإن الفضلة من الثوب كالذراع إذا نودى عليه فى السوق لاتبلغ قيمته متصلا بباقى الثوب ، وإن كان مما لاينفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة ، بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فإنهما إن شاءا اقتسماه فى الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلامهما (وقوله والاستحقاق

فيه يستلزم شركة البائع والمشترى وهى فى الأعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك . فإن قيل : لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقى إذا استحق البعض بعد القبض كما فى الثوب الواحد وهو باطل بالإجماع . فالجواب أنه على إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ساقط ، وعلى الأخرى إنما لزم العقد فى الباقى ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لايضره التبعيض ، لأن استحقاق البعض لايوجب عيبا فى المستحق وغيره لأنهما فى المالية سواء ، والانتفاع بالباقى ممكن ، وما لا يوجب عيبا فى المالية والانتفاع لايوجب ضررا بخلاف مالو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لأن تميز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب ، بخلاف الثوب الواحد فإن التبعيض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق إلا رد الكل أو إمساكه (قوله والاستحقاق) يجوز أن يكون جواب سؤال . تقريره انتفاء الخيار فى رد مابقى يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأن تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا ، وتوجيهه أن الاستحقاق لايمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لابرضا المالك ، لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام رضاه وبالاستحقاق لاينعدم ذلك ، ولهذا قلنا فى الصرف والسلم إذا أجاز المستحق بعد

لايمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لابرضا المالك ، وهذا إذا كان بعد القبض ، أما لوكان قبل القبض فله أن يرد مابقى لتفرق الصفقة قبل التمام. قال (وإن كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق ، بخلاف المكيل والموزون (قال : ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه أوكانت دابة فركبها فى حاجة فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب

لايمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغى أن يكون له رد ما بقى فى صورة الاستحقاق كى لايلزم تفريق الصفقة على المشترى للمستحق عليه . فأجاب بأن تفريق الصفقة إنما يمتنع قبل التمام لا بعده ، وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك إلا الاستحقاق ، والاستحقاق لايمنع تمامها لأن تمامها برضا العاقد) وقد تحقق (لا برضا المالك) يعنى المستحق ، ولذا قلنا : إذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم أن تمام العقد يستدعى تمام رضا العاقد لا المالك . وقوله (وهذا) أى كون الاستحقاق لايوجب خيار الرد (إذا كان بعد القبض ، أما إذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقى لتفرق الصفقة) عليه (قبل التمام) لأن تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار ، لأن التشقيص فى الثوب عيب) والشركة فى العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقائه شريكا ، لايقال : ينبغى أن لايثبت له خيار رد الكل لأنه حدث عنده عيب بالاستحقاق . وأجاب بقوله (وقد كان) إلى آخره : أى هذا العيب : أعنى عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وإنما تأخر ظهوره ، والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشترى بل ظهر عنده فلم يمنع الرد ، بخلاف تمييز الجيد من الردىء فى المكيل إذا كان فى وعاء واحد أو كان صبرة فإنه عيب حدث عنده فلا يمكنه إلا ردّ الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا) ونحوه من مرض أو عرض فداواها (أو كانت دابة فركبها فى حاجة نفسه) وفى بعض النسخ (حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء ، بخلاف خيار الشرط) إذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لايكون مسقطا للخيار (لأن ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام مرة (مسقط)

ما افترقا بقى العقد صحيحا ، فعلم أن تمام العقد يستدعى تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أى كون الاستحقاق لايوجب خيار الرد إذا كان بعد القبض ، وأما إذا كان قبله فله أن يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام ، وهذا يرشدك إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد وقبض المبيع ، وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها ، وإن كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشترى ثم استحق بعض الثوب فللمشترى الخيار فى رد ما بقى ، لأن التشقيص فى الثوب عيب لأنه يضر فى ماليته والانتفاع به . فإن قيل : حدث بالاستحقاق عيب جديد فى يد المشترى ومثله يمنع الرد بالعيب . أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعنى أنه ليس بحادث فى يده بل كان فى يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا ، بخلاف المكيل والموزون فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لايضرّ ، وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض فى جميع الصور : أعنى فيما يكال أو يوزن أو غيرهما . أما العيب فظاهر ، وأما الاستحقاق فلقوله أما إذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام ، وتجد حكمهما بعد القبض كذلك إلا فى المكيل والموزون لأنه ذكر فى العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر ، وقال فى المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض . ثم قال : ولو استحق البعض لا خيار له فى رد ما بقى . قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه المشترى)

مسقطا (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فليس برضا) أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد . والجواب فى السقى واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لايجد بدا منه ، إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف فى عدل واحد ، وأما إذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا .

مرة (مسقط) له فصار جنس هذه المسائل أن كل تصرف من المشترى يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرش ، فمن ذلك العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب ، بخلاف خيار الشرط فإنه لايسقط إلا بالمرة الثانية ، لأن الأولى للاختيار الذى لأجله شرع الخيار فلم تكن الأولى دليل الرضا . أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشترى إلى رأس ماله إذا عجز عن وصول الجزء الفائت إليه ، فبالمرة الأولى فيه لايصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق ، إنما الخلاف فيما إذا أخر الرد مع القدرة عليه بالتراضى أو بالخصومة بأن كان هناك حاكم فلم يفعل، ولم يفعل ما يدل على الرضا ؛ فعندنا لايبطل خيار الرد منه ، وعند الشافعى يبطل والتقييد بحاجته لأنه (لو ركبها ليسقيها أو يردها على بائعها أو يشترى لها علفا فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فإنه بسبب الرد) فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فربما لاتنقاد أو تتلف مالا فى الطريق للناس ولايحفظها عن ذلك إلا الركوب (والجواب فى السقى وشراء العلف محمول على حاجته) إلى ذلك فيهما لأنها قد تكون صعبة ، ففى قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ماذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشى (أو لكون العلف فى عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها إلا إذا كان راكبا ، وتقييده بعدل واحد لأنه لو كان فى عدلين فركبها يكون الركوب رضا . ذكره قاضيخان وغيره . ولا يخفى أن الاحتمالات التى ذكرنا فى ركوبها للسقى أنها لاتمنع الرد معها تجرى فيما إذا كان العلف فى عدلين ثم ركبها فلا ينبغى أن يطلق امتناع الرد إذا كان العلف فى عدلين . ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك . وقال المشترى لأردها عليك فالقول قول المشترى . فأما لو قال البائع ركبتها للسقى بلا حاجة لأنها تنقاد وهى ذلول ينبغى أن يسمع قول المشترى لأن الظاهر أن المسوغ للركوب بلا إبطال حق الرد خوف المشترى من شىء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة ، والناس يختلفون فى تخيل أسباب الخوف ، فرب رجل لايخطر بخاطره شىء من تلك الأسباب وآخر بخلافه . نعم لوحمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها .

[فرع] وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور

جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة فى حاجته عد رضا بالعيب لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء لأن المداواة لإزالة العيب وهى تمنع الرد ، لأن نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الإمساك ، ودليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب ، وله ذلك بعيب آخر لأن الرضا بعيب لايستلزم رضاه بغيره ، وكذلك الركوب لحاجته ، بخلاف خيار الشرط لأنه للاختبار ، والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فليس ذلك برضا ، أما الركوب للرد فلا فرق) فيه بين أن يكون له منه بد أو لا ، لأن فى الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر ، وأما للسقى والعلف فمحمول على ما إذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا ، أو لعجزه عن المشى لضعف أو كبر ، أو لكون العلف فى عدل واحد ، أما إذا وجد منه بد لانعدام الأولين أو لكون العلف فى عدلين وركب

قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشترى له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق) وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد فى يد البائع .

(قوله ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع . وعلى ماذكرنا مما وقع فى المطارحة لافرق بين أن يسرق عند البائع أوغيره (ولم يعلم) المشترى (به) أى بفعله السرقة لاوقت البيع ولاوقت القبض وستأتى فائدة هذا القيد (فقطع عند المشترى فله أن يرده) على بائعه (ويأخذ الثمن) كله منه (عند أبى حنيفة) هكذا فى عامة شروح الجامع الصغير ، وفى روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا فى المبسوط حيث قال : وعند أبى حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدمى نصفه فينتقض قبض المشترى فى النصف فيثبت للمشترى الخيار ، إن شاء رجع بنصف الثمن وإن شاء رد ما بقى ورجع بجميع الثمن ، كما لوقطعت يده عند البائع ، ولما ثبت الخيار بين رده وإمساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا إلى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا إلى اختياره إمساكه . وفى شرح الطحاوى للإسبيجابى : لو قطعت يده بعد القبض إلى آخر الصورة إن شاء رضى بالعبد الأقطع بنصف الثمن وإن شاء ترك . وفى قول أبى يوسف ومحمد : لايرده ، ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوّم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بإزاء النقصان من الثمن إلا إذا رضى البائع أن يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن ، وحينئذ فلا يخفى ما فى نقل المختصر فى جواب المسئلة كالمصنف أن له أن يرده ويرجع بالكل ، وما فى نقل المؤتلف والمختلف فيما إذا قطعت يده عند المشترى بسرقة عند البائع أنه يرجع بنصف الثمن من الإيقاع فى الإلباس ، وأقرب مايظن أنهما روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما كرنا . وعبارة الهداية أخف فإنه قال : فله أن يرده ويأخذ الثمن فإنها لاتمنع أن له شيئا آخر ، لكن لايجوز الاقتصار على هذا إلا إذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف ، لكن الفرض أن الخلاف ثابت فى الآخر ، وهو إذا أمسكه فإنه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد عند البائع)

كان الركوب رضا ، لأن حمله حينئذ ممكن بدون الركوب . قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشترى لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يرده ويأخذ الثمن كله ، وله أن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبى حنيفة ، ، وقالا : إنه يقوّم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل مابينهما من الثمن ، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان فى يد البائع من القتل العمد أو الردة : لهما أن الموجود فى يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لاينافى المالية ؛ ألا ترى أنه لو مات تقرر الثمن على المشترى وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لأنه يعتمدها لكنه متعيب لأن مباح اليد أو الدم لايشترى كالسالم لأنه أشد من المرض الذى هو عيب بالإجماع ، والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه ، وها هنا قد تعذر الرد . أما فى صورة القتل فظاهر ، وأما فى صورة القطع فلأن الاستيفاء وقع فى يد المشترى وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث فى يده ، ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان ، كما إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت فى يد المشترى بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل . وله أن سبب الوجوب فى يد البائع وسبب الوجوب يفضى إلى الوجوب والوجوب يفضى إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق فصار كالمستحق ، والمستحق لايتناوله العقد فينتقض القبض من الأصل

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما . لهما أن الموجود فى يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لاينافى المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصاركما إذا اشترى جارية حاملا فماتت فى يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل . وله أن سبب الوجوب فى يد البائع والوجوب يفضى إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق ، وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت فى يد الغاصب ،

من قتل عمدا أو رده ونحو ذلك : يعنى قتل عند المشترى يرجع بكل الثمن حتما . وعندهما يقوّم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن . قال المصنف (فالحاصل أنه) أى القطع والقتل : أى ثبوته فى العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله رجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقى ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفى المبسوط : فإن مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع إلا بنصف الثمن لأن النفس ما كانت مستحقة فى يد البائع لينتقض قبض المشترى فى النصف (لهما أن الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لاينافى مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ، ولو مات كان الثمن مقررا على المشترى وليس لولىّ القصاص حق فى ماليته ، ولذا لو كان ولى للقصاص يأبى شراء المشترى إياه صح شراؤه ، ولو كان له حق فى ماليته لم يصح ، كما لو أبى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية ، فعرف أن استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته ، والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المستوفى باختياره فى النفس بعد ما دخل فى ضمان المشترى ، وبه لاينتقض قبض المشترى لأنه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لأنه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا فى يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما إذا اشترى حاملا) لايعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة فإنه يرجع بفضل مابين قيمتها حاملا وغير حامل) ولفظة إلى فى قوله إلى غير حامل ليس لها موقع (وله أن سبب وجوب القطع والقتل) وجد (فى يد البائع والوجوب يفضى إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى سبب) القطع والقتل وهو سرقته الكائنة فى يد البائع وقتله فصار موته مضافا إليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذى عنده السبب وصار كالعبد المغصوب إذا رده الغاصب على مالكه بعد ماجنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فإنه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها ، كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود إلى سبب الوجوب الكائن عند الأول . وإذا كان كذلك فينتقض قبضه كما فى الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية ، إلا أنه لايظهر أثر ذلك إلا بحقيقته فعل الاستيفاء ، وقبله لايتم فى حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه ، فأما إذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق

لعدم مصادفة العقد محله ، أو لأنه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن إن رده ، كما لو استحق بعض العبد فرده وصاركما إذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقتص منه فى يده ، فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل فى يد الغاصب . والجواب عن مسئلة الحمل أنها ممنوعة فإن ذلك قولهما . وأما على قول أبى حنيفة فالمشترى يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما إذا اقتص من العبد المشترى ؛ ولئن سلمنا فنقول : ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشترى ، وعن قولهما سبب القتل لاينافى المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية فى هذا المحل لأنه يستلزمه فكان بمعنى

وماذكر من المسئلة ممنوعة . ولو سرق فى يد البائع ثم فى يد المشترى فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا .

وبطلت المالية فظهر أثره فى نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وماذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبى حنيفة ، بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وإن لم يذكر الخلاف فى كتاب البيوع من الأصل استدلالا بما ذكر فى الجامع الصغير فى الأمة المغصوبة إذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت فى يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه . وإن سلمنا فنقول : الموجود فى يد البائع العلوق ، وإنما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضى إليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضى إلى الوجود فهو نظير موت الزانى من الجلد . بخلاف مسئلة الغصب لأن الرد لم يصح لأن شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت فى يد الغاصب ، وهنا الحبل لايمنع من التسليم إلى المشترى ، ثم إن تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشترى فيه ، وإن لم يكن مستحقا لاينتقض . ونوقض بمسائل : الأولى إذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لايضاف إلى السبب السابق حتى لايرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع أن موتها بسبب الحمى التى كانت عند البائع . وثانيها إذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشترى فمات العبد منه عند المشترى يرجع بالنقصان لا بالثمن . وثالثها ما إذا زوّج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لايرجع بنقصان البكارة وإن كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع . ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد فى يد المشترى فمات منه لايرجع على البائع بالثمن وإن كان موته بسبب كان عند البائع . وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشترى فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وإن كان موته بسبب كان عند البائع ، أجيب بأن الجارية لاتموت بمجرد الحمى بل بزيادة الألم وذلك بسبب آخر عند المشترى لا فى يد البائع فليس مما نحن فيه . وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبى قطع سراية القطع لأن السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية ، وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع . وأما الثالثة فإن البكارة لاتستحق بالبيع ، حتى لو وجدها ثيبا لايتمكن من الرد إذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لامن باب وجود العيب . وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لاينافى المالية فى المحل ، وموته بذلك الضرب إنما هو لعارض عرض فى يد المشترى وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا . وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق فى يد البائع ثم فى يد المشترى فقطع بهما) أى بالسرقتين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أى نقصان عيب السرقة الموجودة عند

علة العلة وهى تقام مقام العلة فى الحكم ، فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هى المستحقة ، وأما إذا مات فى يد المشترى فتقرر الثمن عليه لأنه لم يتم الاستحقاق فى حكم الاستيفاء فلهذا هلك فى ضمان المشترى ، وإذا قتل فقد تم الاستحقاق ، ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق فى حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص فى نفس من عليه القصاص لا يظهر إلا فى حكم الاستيفاء، حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص . قال (ولو سرق فى يد البائع ثم فى يد المشترى الخ) إذا كان العبد المبيع سرق فى يد البائع ثم سرق فى يد المشترى فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا . وعند أبى حنيفة لايرده إلا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ؛ ثم الأمر لايخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لايقبل ، فإن لم يقبله يرجع

وعندهلا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ، وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفى إحداهما رجوع فيتنصف ؛ ولو تداولته الأيدى ثم قطع فى يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما فى الاستحقاق ، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب .

البائع (وعند أبى حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشترى والقطع بهما كقولهما ، ولكن إن رضى البائع كذلك رده ورجع بثلاثة أرباع الثمن ، وإن لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لأن اليد فى الآدمى نصفه) فى حق الإتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشترى ويرجع بالباقى إن رده بأن رضيه البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن ، وبربعه إن أمسكه بأن لم يرض البائع لأن نصف النصف لزم المشترى فيسقط عن البائع ، وهذا لأن البائع إنما قبله أقطع معيبا لاسع أن يتحمل ما لزم المشترى من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما ، كما فى الغاصب للعبد إذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فإنما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولو تداولته الأيدى) بعد أن سرق عند البائع ثم تداولته الأيدى بعده (ثم قطع عند الأخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كما فى الاستحقاق عند أبى حنيفة) لأنه أجراه مجرى الاستحقاق ، ولا يخفى أن هذا إذا اختار الرد لأنك علمت أن حكم المسئلة عنده أنه بالخيار بين أن يرده ويرجع بالكل أو يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الأخير) الذى قطع فى يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب) أما رجوع الأخير فلأنه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع مع إمكان الرد بالعيب ، وعلمت أن بيع المشترى للمعيب حبس

المشترى على البائع بربع الثمن لأنها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد ، وإن قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لأن اليد نصف الآدمى وتلفت بالجنايتين ، وفى إحداهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه . فإن قيل : إذا حدث عند المشترى عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشترى عليه بجميع الثمن فلم لم يكن هنا كذلك ؟ أجيب بأن هذا على قول أبى حنيفة نظرا إلى جريانه مجرى الاستحقاق ، وما ذكرتم لايتصور فيه . فإن قيل : ألا تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده فى غير المكيل والموزون فما الذى أوجب الاختلاف هاهنا بينهما ؟ قلنا : بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب ، وما ينزل منزلة الشىء لايلزم أن يساويه فى جميع الأحكام فعسى يكفى شبها بين مانحن فيه ، والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الأصل لما مر آنفا . قال : ولو تداولته الأيدى : يعنى بعد وجود السرقة من العبد فى يد البائع . إذا تداولته الأيدى بالبياعات ثم قطع العبد فى يد الأخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك بعضهم على بعض عند أبى حنيفة كما فى الاستحقاق لأنه بمنزلته ، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه

(قوله والنصف الآخر الخ) أقول : يعنى الذى لم يتلف (قوله فإن قيل ، إلى قوله : يستويان) أقول : يعنى ماتقدم بورقة تخمينا ، وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين (قوله لينتقض القبض من الأصل لما مرآ نفا) أقول : يعنى ما تقدم بصحيفة تخمينا ، وهو قوله فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة العقد محله .

وقوله (فى الكتاب ولم يعلم المشترى) يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به، ولا يفيد على قوله فى الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع (قال : ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسمّ العيوب بعددها)

للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك (وقوله فى الكتاب) أى الجامع الصغير (ولم يعلم به) أى وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لأنه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والأرش) وأما عنده فعنه روايتان : فى رواية كقولهما فلا يرجع إذا علم باستحقاق يده أو نفسه . قال المصنف تبعا لشمس الأئمة : الصحيح أنه يرجع وإن علم بسرقته أو إباحة دمه وقت البيع أو القبض لأن هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه ، فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن إذا لم يعلم ، ولشبهه بالعيب لايرجع عند العلم بشىء عملا بالشبهين . ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن ، وكونه أجرى مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد بقيد ، فإن البيع

كما فى العيب لأنه بمنزلته ، وهذا لأن المشترى الأخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ، ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله فى الكتاب) أى قول محمد فى الجامع الصغير (ولم يعلم المشترى يفيد على مذهبهما لأن) هذا يجرى مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ، ولا يفيد على مذهب أبى حنيفة فى الصحيح لأنه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لايمنع الرجوع . وقوله (فى الصحيح) احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه لايرجع لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لايمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق . قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ، ولشبهه بالعيب قلنا لايرجع عند العلم بشىء ، لأنه إنما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى وقد اندفع حين علم به واشتراه . وقال شمس الأئمة : إذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففى أصح الروايتين عن أبى حنيفة يرجع بالثمن أيضا إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق . وقال فخر الإسلام : الصحيح أن الجهل والعلم سواء لأنه من قبيل الاستحقاق ، والعلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع . قيل فيه نظر ، لأنا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع ، لكن لانسلم أن العلم بالعيب لايمنع الرجوع ، وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن ، ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته ، لأن فى حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن فى قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده ، وهنا لايبطل البيع . والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ، ويجوز أن يكون من حيث الدليل . وقوله فى النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا أنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه ، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه ، وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراه . قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح

(قوله قيل فيه نظر) أقول : أي فيما قاله فخر الإسلام (قوله والجواب أن كونها أصح أو صحيحا) أقول : لايخفى عليك أن نزاع القائل إنما هو فى صحة الدليل فلا مساس لجوابه الأول فليتأمل (قوله وقوله فى النظر وهذا عيب ممنوع) أقول : أنت خبير بأن منع السند مما لايجوزه أحد ، فقوله ممنوع خارج عن الآداب . وجوابه أن المنع متوجه إلى ماجعله المعترض مبنى لمنعه لا إلى سنده وبينهما فرق . بقى الكلام فى صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل . ثم أقول : بقى هاهنا شىء آخر ، وهو أن كونه عيبا لايمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه ، وأيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين ، وليس فى الدلائل المتقدمة مايقتضى إلغاء جهة العيب ، ولم يقل المعترض إن حكمه حكم العيب من كل وجه كما لايخفى .

وقال الشافعى : لاتصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لايصح . هو يقول : إن فى الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ، وتمليك المجهول لايصح . ولنا أن الجهالة فى الإسقاط

بشرط البراءة من كل عيب صحيح فى الحيوان وغيره ، ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد فى الحادث . وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لايدخل الحادث فى البراءة ، وللشافعى قول كقولنا ، وقول إنه لايبرأ من عيب أصلا . وثالثها وهو الأصح أنه يبرأ . ويروى عن مالك يبرأ البائع فى الحيوان عما لايعلمه دون ما يعلمه، لما روى « أن ابن عمر رضى الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضى الله عنه ، فقال عثمان لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال لا ، فرده عليه » . والفرق أن كتمان المعلوم تلبيس ، بخلاف غير المعلوم ،وأما فى غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما ، فذكر المصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله . قال : وهذا (بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لايصح) فنصب الخلاف فى المبنى فقال (هو يقول فى الإبراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ ، وكذا لايصح تعليق الإبراء لما فيه من معنى التمليك (وتمليك المجهول لايصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر ، لأنه لايدرى أن المبيع على أىّ صفة هو ، ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك . ولنا أن الإبراء إسقاط حق يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بأن طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدر كم هم ولا أعيانهم ، كأن ورث عبيدا فى غير بلده أو زوّجه وليه صغيرا فبلغ وهى فى غير بلده ، ولذا لايصح تمليك الأعيان بلفظ الإبراء ، ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط كأن يقول :

سمى العيوب وعددها أولا علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشترى أو لم يقف أشار إليه أولا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى رواية . وقال محمد : لايدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول زفر والشافعى ومالك . وقال زفر : إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعى : لاتصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا . وكان ابن أبى ليلى يقول : لاتصح البراءة من العيوب مع التسمية ما لم يره المشترى . وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبى حنيفة فى مجلس أبى جعفر الدوانيقى ، فقال له أبو حنيفة : أرأيت لو باع جارية فى المأتى منها عيب أكان يجب على البائع أن يرى المشترى ذلك الموضع منها ؟ أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمه أن يرى المشترى ذلك ؟ وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به . الشافعى يقول : إذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد ، وفى قول آخر له : البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لاتصح ، لأن فى الإبراء معنى التمليك ، ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فردّ الإبراء لم يصح الإبراء ، وتمليك المجهول لايصح . ولنا أن الإبراء إسقاط لاتمليك لأنه لايصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك دينى ، ولأنه يتم بلا قبول والتمليك لايتم بدونه ، والإسقاط لاتفضى الجهالة فيه إلى المنازعة لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو لايتصور فى الإسقاط فلا يكون مبطلا له ،

(قوله أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول: ليس فى هذا كثرة شناعة ، إذ لايلزم رؤية البائع ، والمحكى أنه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك .

لاتفضى إلى المنازعة وإن كان فى ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة ،

أسقطت عنك ديني عليك ، والإسقاط لا يبطله جهالة الساقط ، لأن جهالته (لا تفضى إلى المنازعة وإن كان فى ضمنه التمليك) فأظهرنا أثره فى صحة ردة وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضى وهو تصرف العاقل البالغ بإسقاط حقوقه ، بخلاف التمليك فإن جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا تترتب فائدة التصرف عليه ، أما الإسقاط فإن الساقط يتلاشى فلا يحتاج إلى تسليم ، فظهر أن المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ، ولذا جاز بيع قفيز من صبرة ، وإنما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة فى تعيين ما يسلمه للتفاوت . وأما عدم الصحة فى قوله أبرأت أحدكما فلجهالة من له الحق ، كما لم يصح قوله لرجل على ألف وصح لفلان على شيء ، ويلزم بالتعيين ، على أن من المشايخ من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه : وجه المختار أن الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه ، وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ، ولذا لو اتفقا على إبطاله لم يبطل ، ويدل على ما قلنا حديث على رضى الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بنى خزيمة « وذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود » ، فدفع صلى الله عليه وسلم إلى على مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب ، وبقى فى يده مال فقال : هذا لكم مما لاتعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به » وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة ؛ وروى « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مواريث درست ، فقال صلى الله عليه وسلم : استهما وتواخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه » وفيه إجماع عملى للمسلمين لأن من حضره الموت فى كافة الأعصار استحل من معامليه من غير نكير ، والمعنى الفقهى ما ذكرنا ، والغرور والله أعلم إيهام خلاف الثابت . ومنه ولد المغرور للمغرور بجرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على إيهام العيوب وبقائه فى يده بها فلم يغره . وقوله شرط ينافى مقتضى العقد وهو السلامة . قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم ، وكون السلامة مقتضاه إن أردت العقد المطلق سلمناه ، أو المقيد بشرط البراءة من العيوب إن كانت منعناه ، وإلا لزم أن

ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لايدرى عددهم . وقوله (وإن كان فى ضمنه التمليك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد . وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا ، وهو لايؤثر فى فساد ماقلناه لأنا بينا أن محض التمليك لايبطل بجهالة لاتفوت التسليم ، كما إذا باع قفيزا من صبرة فلان لايبطل الإسقاط الذى فيه معنى التمليك ، والمسقط متلاش لايحتاج إلى التسليم أولى . ووجه قول محمد إن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لأن ما يحبس مجهول لايعلم أيحدث أم لا وأى مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله . وأبو يوسف يقول : الغرض من الإبراء إلزام العقد بإسقاط حق المشترى عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث . فإن قيل : لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالإجماع ، والحكم الذى يفسد تنصيصه كيف يدخل فى مطلق البراءة ؟ قلنا لانسلم الإجماع فإنه ذكر فى الذخيرة أنه يصح عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه هاهنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا ، وقد يدخل فى التصرف تبعا مالا يجوز أن يكون مقصودا .

(قوله ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لايدرى عددهم) أقول : بأن زوج أولياءه فى صغره نسوة لايعلم كم هن ، والله أعلم .

ويدخل فى هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض فى قول أبى يوسف. وقال محمد رحمه الله : لايدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت . ولأبى يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث .

لايصح شرط البراءة من العيوب المسماة إن ظهرت وجوازه اتفاقا . وقوله (ويدخل فى هذه البراءة) يعنى البراءة المذكورة فى الكتاب ، فإن الإشارة إليها وهى البراءة من كل عيب . واحترز بالإشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به ، وقد ذكرنا أنه لايبرأ عن العيب الحادث بالإجماع ، والمراد بقوله (فى قول أبى يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبى حنيفة (وقال محمد : لايدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن بن زياد والشافعى ومالك ورواية عن أبى يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتنصرف إلى الموجود) عند العقد فقط (ولأبى يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ، ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (إلزام العقد بإسقاط المشترى حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) يوجب للمشترى الرد والحادث بعد العقد كذلك ، فاقتضى الغرض المعلوم دخوله . وأورد أنه ذكر فى شرح الطحاوى أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالإجماع فكيف يصح من أبى يوسف إدخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله . أجيب بمنع أنه إجماع بأن فى الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبى يوسف خلافا لمحمد . وذكر فى المبسوط فى موضع آخر لا رواية عن أبى يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث ، ثم قال : وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد . ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما ، وكم من شىء لايثبت مقصودا ويثبت تبعا ، ولو اختلفا فى عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبى يوسف . وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث ، لأن بطلان حق المشترى فى الفسخ ظاهر بشرط البراءة ، وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن ، فإذا ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا لايصدق إلا بحجة . وعند زفر القول للمشترى لأنه هو المسقط لحقه فالقول فى بيان ما أسقط قوله .

[فروع] جمعها فى الدراية : شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضربا من العيوب لم ينصرف إلى الحادث بالإجماع ويصح تخصيصه ، ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشترى عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار فى تعيين العيب الذى يرد به إليه وجعله محمد للمشترى فيرد بأيهما شاء . ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشجة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجة به أو عيب . ولو أبرأه من كل غائلة فهى السرقة والإباق والفجور ، وكذا روى عن أبى يوسف . ولو أبرأ من كل داء ، فعن أبى حنيفة الداء ما فى الباطن فى العادة وما سواه يسمى مرضا . وقال أبو يوسف : يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك . وفى جمع التفاريق قطع الأصبع عيب

والجواب عن قوله إن مايحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع فى الإسقاط كما تقدم (قوله ويدخل فى هذه البراءة) احتراز عما لو قال بعت هذا العبد على أنى برىء من كل عيب به فإنه لايبرأ عن الحادث بالإجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود .

(باب البيع الفاسد)

والأصبعين عيبان والأصابع مع الكف عيب واحد . ولو قبل فى الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو . ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ، ومن كل قرح تدخل القروح الدامية . وفى المحيط : أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لاعيب بها . ولو قال أنا برىء من كل عيب إلا إباقه برئ من إباقه . ولو قال الإباق فله الرد بالإباق ، ولو قال أنت برىء من كل حق لى قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك . ولو قال المشترى ليس به عيب لم يكن إقرارا بانتفاء العيوب ، حتى لو وجد به عيبا رده . ولو عين فقال ليس بآبق صح إقراره . ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يدفع أو يحط دينارا جاز . ولو دفعه المشترى ليرد لم يجز لأنه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع مابذل أوحط إذا زال . ولو زال بعد خروجه عن ملكه لايرده . ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وإن لم يجد به عيبا ؛ ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الإعراب فى المصحف عيب ، ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط ورضى الأجنبي بذلك جاز وجاز حط المشترى دون البائع ؛ ولو قصر المشترى الثوب فإذا هو متخرق وقال المشترى لا أدرى تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشترى ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز ، وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشترى درهما قيل هذا غلط ، وتأويله أن يضمن القصار أولا للمشترى ثم يدفع المشترى ذلك للبائع . وفى المجتبى : أدخل المشترى القدوم فى النار أوحدّ المنشار أو حلب الشاة أوالبقرة لم يرد سواء كان فى المصرّاة أو غيرها . وفى المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعى ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبى يوسف : والمصراة شاة ونحوها سد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشترى أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا . وهل يرجع بالنقصان ؟ فى رواية الكرخى لا ، وفى رواية شرح الطحاوى يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة ، وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا لغرور المشترى بالتصرية . ولو اغترّ بقول البائع هى حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا . ولو وقف الأرض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد ، والرجوع بالأرش عند محمد . وعند أبى يوسف يرجع بالأرش . ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها فى الحال لأنه إن جمع غلاتها فهو رضا ، وإن تركها يزداد العيب فيمتنع الرد .

(باب البيع الفاسد)

البيع جائز وغير جائز ، والجائز ثلاثة أنواع : بيع الدين بالعين وهو السلم ، وبيع العين بالعين وهو المقايضه ، وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق . وغير الجائز ثلاثة أنواع : باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بمال الخمر والمدبر والمعلوم كالسمن فى اللبن ، وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف . حصره فى الخلاصة فى خمسة عشر : بيع العبد والصبى المحجورين : أى موقوف على إجازة المولى والأب أو الوصى ، وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضى

(باب البيع الفاسد)

(باب البيع الفاسد)

وبيع المرهون والمستأجر وما فى مزارعة الغير يتوقف على إجازة المرتهن والمستأجر والمزارع ، فلو تفاسخا الإجارة أورد الرهن لوفاء أو إبراء لزمه أن يسلمه للمشترى ، وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشترى يتوقف على إجازة المشترى وقبل القبض فى المنقول لاينعقد أصلاحتى لوتفاسخا لاينفذ ، وفى العقار على الخلاف المعروف . وبيع المرتد عند أبى حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشترى لايعلم موقوف على العلم فى المجلس ، وبيع فيه خيار المجلس وبمثل مايبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان ، وبيع المال المغصوب ذكره محمد إن أقرّ الغاصب أوجحدو للمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير . ولنتمم مايتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب : ذكر أنه إذا رجع الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع ، وكذا إذا أجاز المستأجر والمرتهن ، فإن لم يجيزا وطلب المشترى من الحاكم فسخ العقد فسخه ، وللمشترى الخيار إذا لم يعلم الرهن والإجارة وقت البيع ، وكذا إن علم عند محمد . وعند أبى يوسف إن علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد ، وقيل بل قول أبى يوسف ، وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف . وفى المرتهن خلاف المشايخ ، وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ، ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح ، وقيل لا لأنه أخلف بدلا . وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبى يوسف أنه يجوز ويقوم المشترى مقام المالك فى الدعوى . وعن أبى حنيفة روايتان ، وتقدم أن المزارعة والإجارة سواء : أعنى سواء كان البذر منه أولا ، فإن أجاز فلا أجر لعمله . وفى النوازل : فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشترى وكذا فى الكرم ، وإن كانت الأرض فارغة فى المزارعة ولم تظهر الثمار فى الكرم جاز البيع ، وبه أخذ المرغينانى ذكره فى المجتبى . ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد أنه الموصل إلى تمام المقصود ، فإن المقصود سلامة الدين التى لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة . وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ، ثم إنه وإن أفاد الملك وهو مقصود فى الجملة لكن لايفيد تمامه إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشترى من الثمن إذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد فى قوله باب البيع الفاسد . وفى قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل فى الأعم من الفاسد والباطل ، فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله ، والباطل غير المشروع بواحد منهما ، ولاشك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه ، وهذا يقتضى أن يقال حقيقة على الباطل ، لكن الذى يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنه يباينه ، فإنهم قالوا : إن حكم الفاسد إفادة الملك بطريقه والباطل لايفيده أصلا فقابلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما ، وأيضا فإنه مأخوذ فى مفهومه أو لازم له أنه مشروع بأصله لاوصفه . وفى الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين ، فإن المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان . اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه فى العرف ، لكن نجعله مجازا عرفيا فى الأعم لأنه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبارا لمعنى اللغوى ، ولذا يوجه بعضهم الأعمية بأنه يقال للحم إذا صار بحيث لاينتفع به للدود والسوس بطل اللحم ، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ، ولذا أدخل بعضهم أيضا

(وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر)

فى البيع الفاسد بشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ، ثم الفاسد بالمعنى الذى يعم الباطل يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية إلى المنازعة فى المبيع أو الثمن ؛ فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما إذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع ، والفساد بمعنى البطلان إلا فى السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه . ومنها العجز عن التسليم أو التسلم إلا بضرر كجذع من سقف. ومنها الغرر كضربة القانص والشرط الفاسد ، بخلاف الصحيح ، وتدخل فيه صفقتان فى صفقة كبيعه كذا على أن يبيعه كذا ، والاتباع مقصودا كحبل الحبلة تدخل فى عدم الملك ، وبيع الأوصاف كإلية شاة حية يرجع إلى منافى تسليمه ضرر إذ لا يمكن شرعا إلا بذبحها إذ فى قطعها حية عجز عن التسليم لأنها تصير ميتة يبطل بيعها ، وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن ، وعدم التعيين فى بيع كبيع هذا بقفيز حنطة أو شعير مستدرك لدخوله فى جهالة الثمن (قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا لفظ القدورى ، وقد ذكرنا آنفا أن لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لأن أحد العوضين يصدق على كل من المبيع ، والثمن إما حقيقة أو تغليبا كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لأنه يراد

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج إلى تنبيه ، ولقب الباب بالفاسد وإن كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه . والباطل هو مالا يكون صحيحا أصلا ووصفا ، والفاسد هو مالا يصح وصفا ، وكل ما أورث خللا فى ركن المبيع فهو مبطل ، وما أورثه فى غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد ، وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة فى الكتاب فيقال : البيع بالميتة لغة وهو الذى مات حتف أنفه ، والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى ، لأن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد ممن له دين سماوى ، وإنما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة فى غير المذبح فإن ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف فى التجنيس وإن كان ميتة عندنا ، بخلاف الميتة حتف أنفه فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم ، وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه فى بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهى مبادلة المال بالمال ، فإنه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر ، وإنما أولنا بذلك لأنه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم ؛ لأن الشرع أبطل تقومها فى حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها فى حق المكيل والموزون ، ولو أراد بقوله

(قوله ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول : ولعل الأولى أن يقال فى وجه التلقيب أراد بالفاسد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول : ضمير به راجع إلى البيع (قال المصنف : كالبيع بالميتة) أقول : الميتة فى اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التى هى كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فإنها ليست ميتة لغة وإن كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا ـ إلى قوله : والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول : فيه بحث فإن البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم إرادة العموم ؟ وجوابه أنه ليس محرما عندهم ، تأمل فإن فيه مالا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول : وأنت خبير بأن قيد التقوم مما لا حاجة إليه فى إثبات المطلوب (قوله وإنما أولنا بذلك) أقول : أشار به إلى قوله متقوم (قوله لأنه مال عندنا بلا خلاف) أقول : فلا وجه لتخصيص البعض .

قال رضي الله عنه : هذه فصول جمعها ، وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول : البيع بالميتة والدم باطل، وكذا بالحرّ لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لاتعدّ مالا عند أحد ، والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض ،

به المعوض، ولا شك أن المبيع إذا كان محرما لايصح ، فإن كان مالا فالبيع باطل كالحمر ، وكذا الثمن إذا كان محرما ميتة فهو باطل ، فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أي في حكم واحد وهو الفساد (والواقع أن فيها تفصيلا) يعني ليس كلها فاسدا ، فإن منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف فى عرف فقهائنا التباين بين الباطل والفاسد ، فإن الأعم لاينفى عن الأخص . قال (فنقول : البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد بإجماع علماء الأمصار (وكذا بالحرّ) بأن يجعل الميتة والحرّ ثمناً لثوب مثلا ، وذلك (لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لاتعد مالا عند أحد) يعنى ممن له دين سماوى فلذا كان البيع بالحرّ باطلا وإن كان مالا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) ف(فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه) أى كلا من الخمر والخنزير (مال عند البعض)وهم أهل الذمة كما سيصرح به فى وجه الفرق حيث قال: إنه مال لأهل الذمة لحلها عندهم ، وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية فى شرعنا وهو كذلك ، غاية الأمر أن الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال فى بعض الأديان فاسد ، وبما ليس مالا فى دين سماوى باطل وهذا سهل ، وإنما الإشكال فى جعل حكمه الملك قلنا فيه نظر نذكره إن شاء الله تعالى . ثم قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعنى إذا جعلا مبيعا (فإن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل، وإن كان بعين) بيع المقايضة (ففاسد. والفرق أن الخمر مال) فى الجملة فى شرع ثم أمر بإهانتها فى شرع نسخ الأول، وفى تملكه بالعقد مقصودا إعزاز له حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء ، بخلاف جعله ثمنا ، وإذا بطل كون الخمر مبيعا فلأن يبطل إذا جعل الميتة والحر مبيعا أولى ، ومقتضى هذا أن يبطل فى المقايضة بطريق أولى لأن كلا منهما مبيع ، لكن لما كان كل منهما ثمنا أيضا كما أن كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية فى كل منهما ، فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وإن كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الإعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لإعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر ، ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر فى جعل الثوب المبيع . وجه البطلان فى بيع هذه الأشياء النص ، لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرّا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره » ومعنى أعطى بى : أعطى ذمة من الذمات ، ذكره فى صحيح البخارى. وقوله صلى الله عليه وسلم فى الصحيح « لعن الله الخمر إلى أن قال : وبائعها » وفى الصحيحين « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فأكلوا ثمنها » وحديث « إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه ، وأما الإجماع فظاهر . ثم المراد بالميتة التى يبطل العقد بها وعليها التى ماتت حتف أنفها ، أما المنخنقة والموقوذة فهى وإن كانت فى حكم الميتة شرعا فإنا نحكم بجوازها إذا وقعت بينهم لأنها مال عندهم كالخمر . كذا ذكره المصنف فى التجنيس مطلقا عن الخلاف . وفى جامع الكرخى : يجوز بينهم عند أبى يوسف خلافا لمحمد . وجه قول محمد أن أحكامهم كأحكامنا شرعا إلا ما استثنى بعد الأمان ، والذى استثنى الخمر والخنزير فيبقى ماسوى ذلك على

عند بعض المسلمين لم يحتج إلى تأويل لكنه خلاف الظاهر .

والباطل لايفيد ملك التصرف ؛ ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقى القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على مانبينه إن شاء الله تعالى ، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا فى يد المشترى فيه .

الأصل . واتفق الرواة عن أبى حنيفة أن بيع الأشربة المحرمة تجوز إلا الخمر ، ومنعا جواز كل ماحرم شربه . وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف فى جواز البيع . وقوله فى الذخيرة فى المنخنقة ونحوها البيع فاسد لاباطل صحيح ، لأنها وإن كانت ميتة عندنا فهى مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم (الباطل لايفيد ملك التصرف . ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه) أى فى البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (لأن العقد غير معتبر فبقى) مجرد القبض بإذن المالك) وذلك لايوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسى وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قولهما ك) الخلاف الكائن بينهم فى (أم الولد والمدبر) إذا بيعا فماتا عند المشترى لايضمنهما عند أبى حنيفة ويضمنهما عندهما . والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع كأن يقول : اذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة ، فإذا هلك ضمن قيمته ، فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلأن يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى ، ولمن ينصر المروى عنه من عدم الضمان أن الضمان فى المقبوض على سوم الشراء إن قلت إنه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ماذكرنا من قوله إن رضيته اشتريته بعشرة سلمناه ، وهو منتف فى تسمية المحرم كالخمر وإن قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيله وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لايضمن ، وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا (والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل إن كان مثليا أو القيمة ، وكذا إذا

وقوله (والباطل لايفيد ملك التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاسد ، والباطل لايفيد ملك التصرف ومالايفيد ملك التصرف لايفيد ملك الرقبة فالباطل لايفيد ملك الرقبة (ولو هلك المبيع فى يد المشترى فى الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبى أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة نص على ذلك فى السير الكبير ، نقله أبو المعين فى شرح الجامع الكبير (لأن العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض بإذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الأئمة السرخسى وهو رواية ابن سماعة عن محمد أنه (يكون مضمونا لأنه لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة هاهنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك هاهنا ؛ والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة . أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لايضمن ، نص عليه الفقيه أبو الليث فى العيون . قيل وعليه الفتوى . وقال محمد بن مسلمة البلخى (الأول قول أبى حنيفة والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أى إذا كان ذلك القبض بإذن المالك باتفاق الروايات ، وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع ذكر فى المأذون أنه لايملك . قالوا : ذلك

وفيه خلاف الشافعي رحمه الله ، وسنبينه بعد هذا . وكذا بيع الميتة والدم والحرّ باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع . وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير . ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلى أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه ، وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزاز له ، وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا ، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن المشترى للثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر ، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه لا يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة .

قبضه في مجلس العقد بغير إذنه على الصحيح ، وفي غير مجلس العقد هل يملكه ؟ سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد ، وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين . ووجه لزوم القيمة وما عليه من الإشكال . وقوله (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف الشافعي) وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو

محمول على ما إذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير ، وأما إذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون إذنا بالقبض . فإن قيل : لو أفاد ذلك الملك لجاز للمشترى وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن الملك مطلق له لكن ليس له ذلك . فالجواب أن ما لم يحل وطؤها وأكله لم تثبت الشفعة فيما ذكرت لأن في الاشتغال بالوطء والأكل إعراضا عن الرد ، وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده فلا يجوز . واعلم أن المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشترى في المشترى بشراء فاسد : فذهب العراقيون إلى أنه مبنى على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين ، واستدلوا بالمسائل المذكورة . قالوا لو ملك العين لملك الأمور المذكورة ولم يملكها . وذهب مشايخ بلخ إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين . واستدلوا بما إذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار أخرى فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لنفسه . ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء . ولو باع الأب أو الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشترى ثم أعتقه جاز عتقه ، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين . وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الأصح . وإذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشترى فيه : أي في البيع الفاسد : وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب (قوله وكذا بيع الميتة) يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل فكذا بيع هذه الأشياء لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين ، فإن كان الأول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها ، وإن كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض . ووجه الفرق بين الصورتين أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم : أي غير معزز يقابله قيمة لأن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه ،

(قوله فالجواب إنما لم يحل وطؤها) أقول : وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد : منع قوم حل تناول الطعام المشترى شراء فاسدا ، وعلم حل وطء الجارية المشتراة كذلك (قوله إلا أنه غير متقوم) أي غير معزوز . أقول : عز لازم ، فالظاهر أن يقول غير معزز .

قال (وبيع أم الولد والمدبّر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وسبب الحرية انعقد فى المدبر فى الحال لبطلان الأهلية بعد الموت ،

عندهم الباطل ، وسيبينه المصنف فى فصل أحكام البيع الفاسد : أى يبين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (ومعناه باطل لأن استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم فى أم الولد « أعتقها ولدها » وأقل مايقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وبتصحيح التدبير شرعا ، وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق فى الحال لانتفاء أهلية الإعتاق عن السيد بعد موته والإجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا فى الحال

ومأمر الشرع بترك إعزازه لايكون معزوزا فلايكون متقوّما ، وفى تملكه بالعقد مقصودا : أى بجعله مبيعا إعزاز له وهو خلاف المأمور به ، وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب فى الذمة وإنما المقصود الخمر ، وفى جعله كذلك خلاف المأموربه فيسقط التقوّم أصلا لئلا يفضى إلى خلاف المأمور به . وحينئذ يكون البيع باطلا ، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشترى الثوب يجعله مبيعا إنما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر ، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس فى ذلك إعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا ، وإن وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا ، فلما كان فى الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان . قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) أى باطل ، وإنما فسره بذلك لئلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض والأمر بخلافه ، والدليل على ذلك ماذكره بقوله لأن استحقاق العتق قد ثبت الخ ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لأن استحقاقه عبارة عن جهة حرية لايدخل عليها الإبطال وثبوت الملك يبطلها ، وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » فينتفى الآخر. لايقال : وهومتروك الظاهر لأنه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلايصلح دليلا لأن المجاز مراد بالإجماع ، وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية فى حق المدبر فى الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافى اللوازم لأن الملك مع الحرية لايجتمعان ، فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت فى الحال ، لأنه لو لم يكن ثابتا فى الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت ، والأول باطل لأنه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والإعمال أولى ، وكذلك الثانى لأن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية ، فمتى قلنا إنه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سببا فى الحال وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت ، وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة فى حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة ، لكن استحقاق اليد اللازمة فى حق المولى ثابتة لأنه لايملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفى الآخر ، وإنما قيد بقوله فى حق المولى لأنها غير لازمة فى حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه . فإن قيل : لوبطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحرّ وحينئذ بطل بيع الثمن المضموم

(قال المصنف : وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول : قال الزيلعى : أى فى حق نفسه لافيما يقابله انتهى ، فإن مايقابله يملك بالقبض ، إلا أنه سيجىء فى آخر هذا الباب أن البيع فيما ذكر موقوف (قوله لايدخل عليها الإبطال) أقول : والخصم أن ينازع فيه .

والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ، ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان ، والأظهر الجواز ، والمراد المدبّر المطلق دون المقيد . وفى المطلق خلاف الشافعى رحمه الله ، وقد ذكرناه فى العتاق .

(والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى) حتى لايملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع ومالا يفيد الملك من البيع فهو باطل ، وذكر فى الأصل حديث سعيد بن المسيب قال «أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال : لايبعن فى دين » وحديث « أعتقها ولدها » تقدم فى باب الاستيلاد ، وإذا كان أقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد منه بالإجماع (ولورضى المكاتب ففيه روايتان ، والأظهر جواز بيعه) وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لأن اللزوم كان لحقه وقد رضى بإسقاطه (والمراد) بالمدبر (المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعى رحمه الله فى جواز بيعه فى كتاب العتاق ، أما المقيد فجواز بيعه اتفاق . واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدبّر وأخويه باطل فإنه يوجب كونهم كالحرّ ، ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن إذا جمع مع مدبر أو أم ولد أو مكاتب كما إذا ضم إلى حرّ وهو منتف ، بل يصح بيع القن ويلزم مشتريهما حصته من الثمن المسمى . وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لايملكون بالقبض كما لايملك الحر فكانوا مثله . فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون . وأما تملك القن المضموم إليهم فلدخولهم فى البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ، ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ ، وكذا أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى أصح الروايتين . وهذا الجواب ربما يوهم أنه بيع فاسد ، ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض . والحق أن لاحاجة إلى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه

إليهم فى البيع كالمضموم إلى الحر والأمر بخلافه . فالجواب أن بيع الحرّ باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية ، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها ، والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ، ولو قضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه ، وإذا كان كذلك دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فإنه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وأنه باطل على مايجىء . قال (ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز الخ) لأن عدمه كان لحقه ، فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع . وروى فى النوادر أنه لايجوز ، والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار فى التدبير ، وفى المطلق خلاف الشافعى ، وقد تقدم فيه . وإن ماتت أم الولد أو المدبر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وقالا : يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبى حنيفة ، وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه فى حق المدبر . روى المعلى عن أبى حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب ، وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنها لاتضمن بالبيع والغصب لأنها لاتقوم لماليتها . والفرق لأبى حنيفة بين ضمان الغصب فى المدبر وضمان بيعه فى غير رواية المعلى أن ضمان البيع وإن أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول فى ضمانه بالقبض ، لكن لابد من اعتبار جهة البيع لأن الملك إنما يثبت بهذا الاعتبار ، فإذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا بإذن المالك فلا يجب الضمان . ولهما أنه أى كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع ، لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم إليهما فى البيع كما مر آنفا ، وما هو كذلك فهو مضمون كسائر

قال (وإن ماتت أم الولد أو المدبّر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة ، وقالا : عليه قيمتهما) وهو رواية عنه . لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال ، وهذا لأن المدبّر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك مايضم إليهما فى البيع ، بخلاف المكاتب لأنه فى يد نفسه فلا يتحقق فى حقه القبض وهذا الضمان به .

حكمه ، وجاز أن يختلف إفراد نوع شرعى فى الحكم الشرعى لخصوصية . فإن قيل: التخصيص لازم على كل حال ، فإنه إن كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص ، وإن كان باطلا فهو يدخل فى البيع حتى ملك القن المضموم إليه ، وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلاحاجة إلى تأويله بالباطل . قلنا نحن لم نعط حكم الباطل أنه لايدخل فى العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتحد اللازم على تقدير تأويل الفاسد بالباطل وعدمه ، إنما قلنا حكمه أن لايملك بالقبض ، غاية الأمر أنه اتفق أن بعض ماهو مبيع باطل يدخل فى العقد كالمدبر وبعضه لايدخل كالحر ، وأصل السؤال فاسد لأنه مغالطة لأن قوله فى الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم إليه ممنوع ، وإنما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف . فصار حاصل الصورة : لو كان باطلا كان كالحر فى بعض الوجوه ، ولو كان مثله فى بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وإن ماتت أم الولد والمدبّر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة ، وقالا : عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفى النهاية أن الروايتين عنه فى المدبر ، أما أم الولد فباتفاق الروايات عنه لايضمن المشترى ولا الغاصب قيمتها إذ لاتتقوم لأم الولد عنده ، وإنما تضمن بما يضمن الصبى الحر إذا غصب . ومعناه أنه إذا نقلها إلى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو فى غصب الصبى بشرطه ، أما المدبّر فيضمن فى البيع والغصب على روايتهما هذه (لهما) فى ضمان المدبر وأم الولد (أنهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض(كسائر الأموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أى كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب أنهما يدخلان تحت البيع حتى يملك مايضم إليهما مما يصح تملكه وتمليكه، وإذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع فى الجملة على ماذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لأنه فى يد نفسه) لأنه حرّ يدا فلا يضمن بقبضه على إحدى الروايتين : أعنى التى تبطل بيعه ، وإن دخل تحت البيع إذا ضم إليه القن فلا يتحقق فى حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المشار إليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا إليه أحسن إن شاء الله تعالى ، لأن المذكور بعده تعليل للمشار إليه ، وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل إذا صلح له وهو صالح ، بل انصبابه ليس إلا عليه ، فإنه دعوى أنه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع . وأما كونه مقبوضا فبفرض وقوعه حسا ، وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشترى بعد القبض إن وافقه فلوصح لزم أن لايضمنا لأنهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض إن وافقا بل قبضا بعد الموافقة وإتمام البيع بزعمهما ، فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان ، فالحق أن المقبوض أعم

الأموال المقبوضة على سوم الشراء . فإن قيل : لو كان الدخول تحت البيع وتملك مايضم إليه موجبا للضمان لكان فى المكاتب كذلك ، أجاب بقوله بخلاف المكاتب لأنه فى يد نفسه فلا يتحقق فى حقه القبض وهذا الضمان بالقبض

(قال المصنف : وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول : قوله وهو : أى تضمين قيمة المدبر دون أم الولد ، فى كلامه تساهل وسيجىء فى باب كتابة العبد المشترك من الأكمل وغيره أن فى تقويم أم الولد روايتين عن أبى حنيفة .

وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة وهما لايقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب ، وليس دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما ، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشترى لايدخل فى حكم عقده بإنفراده ، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه ، كذا هذا . قال (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد) لأنه باع مالا يملكه (ولا فى حظيرة إذا كان لايؤخذ إلا بصيد) لأنه غير مقدور التسليم ، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز ، إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسدّ عليها المدخل لعدم الملك .

من ذلك وهو مماصدقات المقبوض بجهة البيع ، فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض فى البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء ، وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء ، وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء وإلا صار الأصل عين الفرع ، فالمقبوض على سوم الشراء هو الأصل فيما نحن فيه ، والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أى حقيقة حكمه وهو الملك ، لأن ضمان القيمة فى البيع إنما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ، ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقى مجرد قبض بإذن المالك ، فلو أوجبناها كان عدوانا محضا ، بخلاف ضمان الغصب فى المدبر عنده فإنه لايستدعى ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير إذن المالك ، وهنا الإذن موجود ودخولهما فى البيع ليس إلا ليثبت حكمه فيما ضم إليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كمال المشترى لايدخل فى حكم عقده بانفراده) ويدخل إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع فى المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الأصح وإن كان قد قيل إنه لايصح أصلا فى شىء ، وإذا قسم الثمن على قيمتى المضموم وأم الولد والمدبّر فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة ، وقيمة المدبّر ثلثا قيمته قنا ، وقيل نصفها وبه يفتى ، وتقدم ذلك فى العتاق (قوله ولا يجوز بيع السمك فى الماء) بيع السمك فى البحر أو النهر لايجوز ؛ فإن كانت له حظيرة فدخلها السمك ، فإما أن يكون أعدّها لذلك أولا ، فإن كان أعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لأحد أن يأخذه ، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم

وتحقيقه أن المدار هو القبض لا الدخول فى العقد وتملك المضموم . ولأبى حنيفة أن جهة البيع إنما توجب الضمان فى الأموال إلحاقا بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة ، وهما : أى أم الولد والمدبر لايقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب فى كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ، ومعناه أن فائدة الدخول لاتنحصر فى نفس الداخل لجواز أن تكون عائدة إلى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم إليهما ، وليس ذلك بمستبعد بل له نظير فى الشرع وهو ما إذا باع عبدا مع عبد المشترى من المشترى فإنه يقسم الثمن على قيمتيهما فيأخذ المشترى عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع فى حق عبد البائع فكذلك هذا . قال (ولا يجوز بيع السمك فى الماء قبل أن يصطاده) بيع السمك قبل الاصطياد بيع مالا يملكه البائع فلا يجوز ، وإذا اصطاده ثم ألقاه فى الحظيرة فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الأخذ منها إلا بتكلف واحتيال ، فإن كانت كبيرة لايجوز لأنه غير مقدور التسليم ، وإن كانت صغيرة جاز لأنه باع مقدور التسليم ، وإذا سلمها إلى المشترى فله خيار الرؤية وإن رآها فى الماء لأن السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره (قوله إلا إذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز : يعنى الحظيرة إذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت بأنفسها ولم يسدّ عليها المدخل فإنه لايجوز لعدم الملك ، وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المأخوذ الذى

قال (ولا بيع الطير فى الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم

مثل السمكة فى حب ، وإن لم يكن يؤخذ إلا بحيلة لايجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع ، ، وإن لم يكن أعدها لذلك لايملك مايدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه ، ثم ينظر إن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه وإلا لايجوز ، ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذه ثم أرسله فى الحظيرة ملكه ، فإن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم ، أو بحيلة لم يجز لأنه وإن كان مملوكا فليس مقدور التسليم . وقال أبو يوسف فى كتاب الخراج : رخص فى بيع السمك فى الآجام أقوام ، فكان الصواب عندنا فى قول من كرهه : حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : «لاتبايعوا السمك فى الماء فإنه غرر» . وأخرج مثله عن ابن مسعود . ومعلوم أن الأجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر ، وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر .

[فروع] من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد ، فإن كان اتخذها للصيد ملكه وليس لأحد أخذه وإن لم يتخذها له فهو لمن أخذه . نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه ، فلوكان نصبها ليجففها من بلل فتعلق بها لايملكه ، وهو لمن يأخذه إلا أن يأتى فيحوزه ، ومثله إذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك مايقع فيه ، ولو وقع فى حجره و لو لم يكن هيأه لذلك فلواحد أن يسبق فيأخذه مالم يكف حجره عليه ، وكذا من هيأ مكانا للسرقين فله ماطرح فيه عند البعض . وفى فتاوى الفضلى خلاف هذا قال : أهل سكة يرمون فى ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ المكان له أو لا ، أما النحل إذا عسل فى أرض إنسان فهوله بكل حال لأنه ليس صيدا بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد ، وكذا الفرخ لايملك إلا بإعداد المكان لذلك (قوله ولا بيع الطير فى الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك ، وبعد أخذه وإرساله غير مقدور التسليم) عقيب العقد ، ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لايعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ ، وعلى قول الكرخى يعود ، وكذا عن الطحاوى ، وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير ثمنا لأن العين المجعولة ثمنا مبيع فى حق صاحبه . وذكر التمرتاشى : لو باع طيرا يذهب ويجىء كالحمام فالظاهر أنه لايجوز ، وفى فتاوى قاضيخان : وإن باع طيرا له يطير ، إن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا . وقول المصنف فيما يأتى : والحمام إذا علم عددها وأمكن

فى الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه ، وفيه إشارة إلى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها ، أما بمجرد الاجتماع فى ملكه فلا ، كما لو باض الطير فى أرض إنسان أو فرخت فإنه لايملك لعدم الإحراز . لايشكل بما إذا عسل النحل فى أرضه فإنه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيىء له موضعا ، لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها ، بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فإنها ليست فيها على وجه القرار . قال (ولا) يجوز (بيع الطير فى الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه : الأول بيعه فى الهواء قبل أن يصطاده وهو لايجوز لعدم الملك . والثانى بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لايجوز لأنه غير مقدور التسليم . والثالث بيع طير يذهب ويجىء كالحمام وهو أيضا لايجوز فى الظاهر . وذكر فى فتاوى

(قوله لأن استحقاقه [1] عبارة عن جهة لايدخل عليها الإبطال) أقول : وللخصم فيه أن ينازع فيه .

(١) (قوله قوله لأن استحقاقه الخ) تنظر هذه القولة لأنا لم نعثر عليها اه مصححه .

قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) « لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة » ولأن فيه غررا ، (ولا اللبن فى الضرع للغرر) فعساه انتفاخ ، ولأنه ينازع فى كيفية الحلب ، وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره . قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره ، بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلى ،

تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم ، يوافقه (قوله ولا الحمل) بسكون الميم ما فى البطن من الجنين (ولا النتاج) لما فى الصحيحين والسنن عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة » وكان بيعا يبتاعه أهل الجاهلية ، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذى فى بطنها . وفى الموطإ : أنبأنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : « لا ربا فى الحيوان ، وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاث : عن المضامين ، والملاقيح ، وحبل الحبلة » وإنما بطل هذا البيع للغرر ، فعسى أن لاتلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك . وأما باللفظ الذى ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف . والملاقيح ما فى الأرحام جمع ملقوح ، والمضامين مافى الأصلاب ، وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة وولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بلا باء ، يقال ضمن الشيء أى تضمنه . قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفا على المضاف إليه ، وتقدير المضاف والرفع على إقامته مقام المضاف (للغرر فلعله انتفاخ) وبه قال الشافعى وأحمد ، وأجازه مالك أياما معلومة إذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رءوس النخل ، وهو مردود بالنهى عن بيع الغرر (لأنه يتنازع فى كيفية الحلب) فى الاستقصاء وعدمه وهو نزاع فى التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب إلا لقطعه فبطل قول مالك لذلك ، ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشترى على وجه يعجز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان) لأنه يقوم به أو لأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لايفرد بالبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أى قوائم الخلاف (لأنها تزيد من أعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع فى مكان من القائمة علامة

قاضيخان : وإن باع طيرا له يطير فى الهواء ؛ إن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه وإلا فلا (ولا) يجوز (بيع الحمل) أى الجنين (ولا نتاج الحمل) ، هو حبل الحبل ، « وقد نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل » . والنتاج فى الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج هاهنا . والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهى حبلى فسمى به المحمول كما سمى بالحمل ، وإنما دخلت عليه التاء إشعارا لمعنى الأنوثة فيه . قيل معناه : أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى ، وكانوا فى الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن فيه غررا وهو ماطوى عنك علمه . قال المغرب فى الحديث : « نهى عن بيع الغرر » وهو الخطر الذى لايدرى أيكون أم لا كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء . قال (ولا اللبن فى الضرع للغرر الخ) وبيع اللبن فى الضرع لايجوز لوجوه ثلاثة للغرر : لجواز أن يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهى عنه ، وللنزاع فى كيفية الحلب فإن المشترى يستقصى فى الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره ، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع . وبيع الصوف على ظهر الغنم لايجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض ، بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه

وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه ، والقطع فى الصوف متعين فيقع التنازع فى موضع القطع ، وقد صح « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم ، وعن لبن فى ضرع ، وعن سمن فى لبن » وهو حجة على أبى يوسف رحمه الله فى هذا الصوف حيث جوّز بيعه فيما يروى عنه .

فإنها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل ، فالزائد يكون على ملك المشترى . وقال الإمام الفضلى : الصحيح عندى أن بيع قوائم الخلاف لايجوز ، لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشترى لايجوز لجهالة موضع القطع ، وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هى خلافية ، منهم من منعها إذ لابد فى القطع من حفر الأرض ، ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصيل) لأنه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما فى الأرض . قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى إلى آخره) وذلك أن الطبرانى قال : حدثنا عثمان بن عمر الضبى ، حدثنا حفص بن عمر الحوضى ، حدثنا عمر بن فروخ ، حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم ، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن فى ضرع» . وأخرجه الدارقطنى والبيهقى عن عمر بن فروخ قال الدارقطنى : وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس . وهذا السند حجة . وقول البيهقى تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوى لايضره ، فإنه إن كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع ، لكن الحق خلاف ما قال فى تضعيف ابن فروخ ، فقد نقل الذهبى توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبى داود وابن معين وأبى حاتم والرفع زيادة وهى من الثقة مقبولة . ورواه أبو داود فى مراسيله عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم . ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام «أنه نهى أن يباع لبن فى ضرع أو سمن فى لبن» . ورواه الدارقطنى فى سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبى شيبة . وروى مرة موقوفا على ابن عباس فى مراسيل أبى داود ، وكذا رواه الشافعى رحمه الله قال : أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس أنه كان ينهى عن بيع اللبن فى ضروع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك أن كل ما بيع فى غلافه لايجوز كاللبن فى الضرع واللحم فى الشاة الحية أو شحمها وأليتها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق فى هذه الحنطة أو سمن فى هذا اللبن ونحو ذلك من الأشياء التى فى غلفها لايمكن أخذها وتسليمها إلا بإفساد الخلقة ، والحبوب

عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر . فإن قيل : القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها . أجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط ، حتى لو ربطت خيطا فى أعلاها وتركت أياما يبقى الخيط أسفل مما فى رأسها الآن ، والأعلى ملك المشترى ، وما وقع من الزيادة وقع فى ملكه . أما الصوف فإن نموه من أسفله ، فإن خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا فى أصله . فإن قيل : القصيل كالصوف وجاز بيعه . أجاب بأن القصيل وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لايمكن وقوعه من حيث القطع فيقلع ، وأما القطع فى الصوف فتعين إذ لم يعهد فيه القلع : أى النتف فبعد ذلك يقع التنازع فى موضع القطع ، وقد صح « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن فى ضرع وعن سمن فى لبن » وهو حجة على أبى يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على

قال (وجذع فى سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكراه) لأنه لايمكن التسليم إلا بضرر ، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لاضرر فى تبعيضه ، ولو لم يكن معينا لايجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ، ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى يعود صحيحا لزوال المفسد ، بخلاف ما إذا باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ حيث لايكون صحيحا ، وإن شقهما وأخرج المبيع لأن فى وجودهما احتمالا ،

فى قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه ، والذهب والفضة فى ترابهما بخلاف جنسهما ، والله الموفق (قوله وجذع من سقف) بالجر : أى لايجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أى ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما مالايضره القطع كالكرباس فيجوز . وقول الطحاوى فى آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لايجوز ممنوع فى الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به . أما مالا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة ، وكذا لايجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لايمكن تسليمه إلا بقطع جميعه ، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر فى التسليم فى كل ذلك . وأورد عليه أنه ضرر لزم البائع بالتزامه . أجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه . وقول فخر الإسلام إن رضى فله أن يرجع فيبطل البيع إلا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك ، فإن الرجوع لايمكنه مع الملزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر ، وأما إيراد المحاباة فلدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال . نعم يرد بيع الحباب التى لاتخرج إلا بقلع الأبواب على قول من أجاز والبعض قد منعه : وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب ، وهذا يفيد أن المنظور إليه فى المنع تعيب المبيع ، والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر . والحق أنه لابد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعول عليه ، وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن فى الضرع والسمن فى اللبن . أفاد أن المنع إذا كان لايسلم المبيع إلا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فإن اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن . وأظهر من هذا ثبوت الإجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء وإليتها ورجلها ، وهو معلل بما يلزم فى التسليم من الضرر على البائع فى المبيع فخرج بيع الحباب التى يحتاج فى تسليمها إلى هدم أكتاف الأبواب على من يصحح بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعنى الجذع والذراع (لايجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (وللجهالة) ومعلوم أن هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ، ولو فعل بعد الفسخ لايجوز . وقوله (بخلاف ما إذا باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ) وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ (لايعود صحيحا) لأن الفساد للغرر (إذ فى وجودهما احتمالا) فكان كبيع

ظهر الغنم . قال (وجذع فى سقف) إذا باع جذعا فى سقف أو ذراعا من ثوب : يعنى ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لايجوز ذكر القطع أولا ، لأنه لايمكنه التسليم إلا بضرر لم يوجبه العقد ، ومثله لايكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة ، بخلاف مالم يكن فى التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فإن بيعه جائز لانتفاء العلة (ولو لم يكن الجذع معينا لايجوز للزوم الضرر وللجهالة أيضا . ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى عاد البيع صحيحا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ لم يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لأن فى وجودهما احتمالا) أى هو شىء

(قوله فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا كان متمكنا من الرجوع شرعا لايعتبر بمنازعته ، إذ لاوجه لها ، والأولى عندى أن يقال بدله : ولا يكون لازما ، والبيع إذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتأمل .

أما الجذع فعين موجود . قال (وضربة القانص) وهو مايخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا .

بلا مبيع فوقع باطلا ، بخلاف الجذع فإنه عين محسوسة قائمة ، وإنما يفسد للزوم الضرر فإذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم فى بيع صحيح لأن الغرض أن البيع قائم لكن بوصف الفساد ، فإذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهومعنى الصحيح ، فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الأول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان ، بل إذا زال المبطل بقى ملك المبيع بلامانع من إيراد العقد الصحيح عليه ، وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح وإيجاده ليس هو وجود البيع الصحيح . ونوقض بعدم جواز البيع فيما إذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لاينقلب جائزا مع أنه تحمل الضرر بالذبح . أجيب بأن المنع هناك لعلة أخرى غير لزوم الضرر فى التسليم وهو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص يمنعه وهو النهى عن بيع الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والسمن فى اللبن . وقد يقال : لا أثر لذلك فيما فيه الكلام ، وهو أنه إذا أزال المانع بالذبح والفصل . فإن قيل : يتناوله بعد الفصل النهى عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا . قلنا : وكذا الجذع فى السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول بعتك (مايخرج من) إلقاء هذه (الشبكة مرة) بكذا . وقيل بالغين والياء الغائص . قال فى تهذيب الأزهرى : نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه

مغيب وهو فى غلافه فلا يجوز بيعه . فإن قيل : بيع الحنطة فى سنبلها وأمثالها بيع ما فى وجوده احتمال فإنه شىء مغيب فى غلافه وهو جائز . أجيب بأن جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى مايتصل به ، فإن الحنطة إذا بيعت فى سنبلها إنما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد إعمالا لتصحيح لفظه . وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لاينطلق عليه ، إذ لايقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن ، فلم يكن المبيع مذكورا ، وما هو المذكور فليس بمبيع ، وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لايرى ذلك عرف فى أصول الفقه . وقوله (أما الجذع فعين موجودة) إشارة إلى إتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين فى السقف بأن الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك . فإن قيل : إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لايجوز ، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لاينقلب البيع جائزا وإن كان الجلد عينا موجودا كالجذع فى السقف ، وكذا بيع كرشها وأكارعها . أجيب بأن المبيع وإن كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له ، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لا أنه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من إفساد شىء غير مستحق بالعقد ، وأما الجذع فإنه عين مال فى نفسه ، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد ، والعجز عن التسليم حكمى لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد ، فإذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ، وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لايرى به كما تقدم . قال (وضربة القانص) القانص الصائد ، يقال قنص إذا صاد . وضربة القانص مايخرج من الصيد بضرب الشبكة . يقال ضرب الشبكة على الطائر ألقاها ، ومنه نهى عن ضربة . وفى تهذيب الأزهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلئ وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا ، والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وأن فيه غررا لأنه يجوز أن لايدخل فى الشبكة شىء من الصيد وأن لايخرج من الغوصة

قال (وبيع المزابنة ، وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا) « لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة » فالمزابنة ماذكرنا ، والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ، ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا تجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض ، وكذا العنب بالزبيب على هذا . وقال الشافعى رحمه الله: يجوز فيما دون خمسة أوسق « لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق» . قلنا : العرية : العطية لغة ، وتأويله أن يبيع المعرى له ما على

من اللآلئ فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وبالجهالة مايخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة) فى الصحيحين من حديث جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة . وزاد مسلم فى لفظ : وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا . والمحاقلة فى الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا » . وأخرج البخارى عن أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة» . وقول المصنف (بمثل كيله خرصا) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لايجوز ، ومعنى النهى أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كما لو كانا موضوعين على الأرض . وقال الشافعى رحمه الله : تجوز) المزابنة بالتفسير الذى ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما فى الصحيحين من حديث أبى هريرة « أنه صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا» . وفى الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت « رخص عليه الصلاة والسلام

شيئا قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز ، والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذة مثل كيل ما على النخل من الثمر حزرا وظنا لا حقيقيا ، لأنه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ لايجوز «لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة» والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا، ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لأن فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة فى التحريم ، كما لو كانا موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصا ، وبيع العنب بالزبيب على هذا . وقال الشافعى : يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق ، وله فى مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص فى العرايا ، وفسرها بأن يباع الثمر الذى على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق ، وأنث الضمير فى قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة . قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول : سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى العرايا فإن فى الأحاديث الدالة على ذلك كثرة لايمكن منعها ، لكن ليس حقيقة معناها ماذكرتم بل معناها العطية لغة . وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل يوم لكون أهله فى البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع فى الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده ، وبه نقول لأن الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب ، فما يعطيه من التمر لايكون عوضا بل هبة مبتدأة ، ويسمى بيعا مجازا لأنه فى الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد ، واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على

(قوله قال وبيع المزابنة ، إلى قوله : من المجذوذ لايجوز) أقول : قوله الرفع فيه : أى وحده ، وقوله والجر والرفع : أى كلاهما . وقوله والمزابنة مبتدأ ، وقوله لاتجوز خبره .

النخيل من المعرى بتمر مجذوذ ، وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون برّا مبتدأ . قال (ولايجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابزة)

فى بيع العرايا أن تباع بخرصها» . وفى لفظ« رخص فى العرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها رطبا » ووافق الشافعى أحمد فى ذلك إلا أنه لم يبحها إلا للضرورة . قال الطحاوى : جاءت هذه الآثار وتواترت فى الرخصة فى بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا فى صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا فى تأويلها ، فقال قوم : العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان فى وسط النخل الكثير لرجل آخر . قالوا : وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم فيجيىء صاحب النخلة أو النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو وأهله عنه . وروى هذا عن مالك . قال الطحاوى : وكان أبو حنيفة يقول : فيما سمعت أحمد بن أبى عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة قال : معنى ذلك عندنا أن يعرى الرجل الرجل نخلة من نخله فلايسلم ذلك إليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا . قال الطحاوى : وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك ، لأن العرية إنما هى العطية : ألا ترى إلى الذى مدح الأنصار كيف مدحهم إذ يقول :

فليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا فى السنين الجوائح

أى أنهم كانوا يعرون فى السنين الجوائح : أى يهبون ولو كانت كما قال ماكانوا ممدوحين بها إذ كانوا يعطون كما يعطون . والحق أن قول مالك قول أبى حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه ، واستدل عليه بأن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ، ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك فى اللغة ، وتخصيص مادون خمسة أوسق لأنهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من إخلاف الوعد الذى هو ثلث النفاق بإعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه . وكون إخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه حين حضرته الوفاة قال زوجوا بنتى من فلان ، فإنه كان سبق إليه منى شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم « علامة المنافق ثلاث : إن حدث كذب ، وإن وعد أخلف ، وإن اؤتمن خان » وأما ماذكر من تأويل العرية الإمام موفق الدين روى محمود ابن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت : «ماعرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر فيأكلونه رطبا » وقال : متفق عليه فقد وهم فى ذلك ، فإن هذا ليس فى الصحيحين بل ولا فى السنن ولا فى شىء من الكتب المشهورة . قال الإمام الزيلعى مخرج الحديث : ولم أجد له سندا بعد الفحص البالغ ، ولكن الشافعى ذكره فى كتابه فى باب العرايا من غير إسناد (قوله ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة)

هذا فنقل كما وقع عنده . وفيه بحث من وجهين : الأول أنه جاء فى حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص فى العرايا » فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع تمر بتمر . والثانى أنه جاء فى حديث جابر رضى الله عنه بلفظ الاستثناء إلا العرايا ، والأصل حمل الاستثناء على الحقيقة ، والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله فى المستثنى منه . والجواب عن الأول أن القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم . وعن الثانى أنه على ذلك التقدير ينافى قوله عليه الصلاة والسلام المشهور « التمر بالتمر مثلا بمثل » والمشهور قاض عليه . قال (ولايجوز البيع بإلقاء الحجر)

وهذه بيوع كانت فى الجاهلية ، وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة : أى يتساومان ، فإذا لمسها المشترى أو نبذها إليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع ؛ فالأول بيع الملامسة والثانى المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ، «وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة » ولأن فيه تعليقا بالخطر . قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ؛ ولو قال على أنه بالخيار فى أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا ، وقد ذكرناه بفروعه . قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا إجارتها) المراد الكلأ ، أما البيع فلأنه ورد على مالا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث ،

إلى قوله (وقد نهى النبىّ صلى الله عليه وسلم إلى آخره) فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة » زاد مسلم : أما الملامسة فأن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلا فى ظلمة أو يكون مطويا مرئيا متفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس . والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا ، وهذه كانت بيوعا يتعارفونها فى الجاهلية ، وكذا إلقاء الحجر أن يأتى بحصاة وثمة أثواب فأىّ ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا خيار بعد ذلك ولابد أن يسبق تراوضهما على الثمن ، ولافرق بين كون المبيع معينا فإذا تراوضا فألقاه إليه البائع لزم المشترى فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه ، ومعنى النهى ما فى كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه فى معنى إذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو إذا لمسته أو نبذته . والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشترى بمعنى استامها سوما ، ومنه «لايسوم الرجل على سوم أخيه» أى لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لا أنه بمعنى لايشترى كما قيل ، بل نهيه عن السوم يثبت التزاما لأنه إذا نهى عن التكلم فى الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع إلا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعتك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا ، وتقدم ذكرها بفروعها فى خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراعى) ثم فسرها بالكلإ دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فإنه جائز (ولا إجارتها ، أما البيع فإنه ورد على

سام البائع السلعة : أى عرضها وذكر ثمنها ، وسامها المشترى بمعنى استامها . بيع الملامسة هو أن يتساوم الرجلان فى السلعة فيلمسها المشترى بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضى مالكها بذلك أو لم يرض . وبيع المنابذة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيحب مالكها إلزام المساوم له عليها إياها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه . وبيع إلقاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فإذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها . وهذه كانت بيوعا فى الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما لأنه فى معناهما ، ولأن فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لاتحتمله لأدائه إلى معنى القمار لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشترى : أىّ ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته ، وأىّ ثوب لمسته بيدك فقد بعته ، وأىّ ثوب نبذته إلىّ فقد اشتريته (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، إلا أن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا ، وقد تقدم الكلام فيه . قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا إجارتها) والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش ، كذا روى عن محمد ،

(قوله وأى ثوب نبذته) : أقول فيه مسامحة لاتخفى .

. . . .

مالا يملكه لاشتراك الناس فيه) اشتراك إباحة لا ملك ، ولأنه لايحصل به للمشترى فائدة ، فإن المقصود من الملك يحصل بلا بيع إذ يتملكه بدونه (للحديث) الذى رواه أبو داود فى سننه فى البيوع عن حريز بن عثمان عن أبى خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال : غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكنت أسمعه يقول « المسلمون شركاء فى ثلاث : فى الماء ، والنار ، والكلإ » ورواه أحمد فى مسنده وابن أبى شيبة ، وأسند ابن أبى عدى فى الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالا فى حريز ثقة وجهالة الصحابى لاتضر ، ومعنى الشركة فى النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب : يعنى إذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلى بها ، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه . كذا ذكره القدورى . ومعناه فى الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة . وفى الكلإ أن له احتشاشه وإن كان فى أرض مملوكة ، غير أن لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول فى أرضه ، فإذا منع فلغيره أن يقول إن لى فى أرضك حقا ، فإما أن توصلنى إليه أو تحشه أوتستقى وتدفعه لى وصار كثوب رجل وقع فى دار رجل إما أن يأذن للمالك فى دخوله ليأخذه وإما أن يخرجه إليه. أما إذا أحرز الماء بالاستقاء فى آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لأنه بذلك ملكه ، وظاهر أن هذا إذا نبت بنفسه ، فأما لو كان سقى الأرض وأعدها للإنبات فنبتت ففى الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لأنه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد ، وكذا ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وزفر نبت الكلأ بإنباته جاز بيعه ، وكذا لو حدّق حول أرضه وهيأها للإنبات حتى نبت القصب صار ملكا له ، ولا يجوز بيع كمأة فى أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء . وقال القدورى : لايجوز بيع الكلإ فى أرضه وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة لأن الشركة فيه ثابتة ، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة ، والأكثر على الأول ، إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغى إن حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلف الحفر والطىّ لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقى، وإن لم يكن فى أرض مملوكة له . ثم الكلأ ذكر الحلوانى عن محمد أنه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلأ ، وكان الفضلى يقول : هو أيضا كلأ . وفى المغرب : هو كل

وقيل ما ليس له ساق وما له ساق فهو كلأ ، وإنما فسر المراعى بذلك لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعى وهو الأرض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ، ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لايجوز ، وهو غير صحيح لأن بيع الأراضى وإجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ أو لم يكن ، أما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلأنه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم «الناس شركاء فى ثلاث : الماء ، والكلأ ، والنار» وما هو غير مملوك لايجوز بيعه ، ومعنى شركتهم فيها أن لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض المملوكة والأنهار المملوكة من الأراضى المملوكة والاحتشاش من الأراضى المملوكة ، ولكن له أن يمنع من الدخول فى أرضه ، فإن منع كان لغيره أن يقول له إن لى فى أرضك حقا ، فإما أن توصلنى إلى حقى أوتحتشه فتدفعه إلىّ أوتدعنى آخذه ، كثوب لرجل وقع فى دار إنسان هذا إذا نبت ظاهرا ، وأما إذا أنبته صاحب الأرض بالسقى ففيه اختلاف الرواية . وذكر فى المحيط والذخيرة والنوازل أن صاحبها يملكه وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه فجاز بيعه . وذكر القدورى أنه لايجوز بيعه لأن الشركة فى الكلإ ثابتة بالنص ، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق

وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لايجوز فهذا أولى . قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله : يجوز إذا كان محرزا ، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لايؤكل كالبغل والحمار . ولهما أنهما من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لابعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج ، حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز

ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الأكلاء (وأما الإجارة فلأنها) لو صحت ملك بها الأعيان، وحكمها ليس إلا ملك المنافع . نعم إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن فى استئجار الظئر فيملك بعد إقامة العمل تبعا ، أما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لايجوز) مع أنها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لأنها على استهلاك عين غير مملوكة ، وهل الإجارة فاسده أو باطلة ؟ ذكر فى الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه ؛ وقيل فى لبن الآدمية إنه فى حكم المنفعة شرعا بدليل أن عينه لايجوز بيعه ولا يضمن متلفه . والحيلة فى ذلك أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد : يجوز إذا كان محرزا ، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم إذا كان محرزا (فيجوز بيعه ، وإن كان لايؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعهما وإن لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لايجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية، وهذا وهو أنه فى نفسه من الهوام لأنه غير منتفع به (و) إنما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الجحش فإنه

الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه ، وأما عدم جواز الإجارة فلمعنيين : أحدهما وقوع الإجارة فى عين غير مملوكة . والثانى انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لايصح ، فعلى استهلاك عين مباح أولى ، وذلك لأن المستحق بعقد الإجارة على الآجر المنافع لا الأعيان إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ فى استئجار الصباغ واللبن فى استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظؤورة ، ولم يذكر أن إجارة الكلأ وقعت فاسدة أو باطلة ، وذكر فى الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها . قال (ولا يجوز بيع النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لايجوز بيع النحل . وقال محمد : يجوز إذا كان محرزا : أى مجموعا وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء مايحدث منه ، وشرعا لعدم مايمنع عنه شرعا ، وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لاينافيه كالبغل والحمار . ولهما أنه من الهوام وهى المخوفة من الأحناش لايجوز بيعها . قال فى الجامع الصغير : أرأيت إن وجد بها عيبا بكم يردها ، وفيه إشارة إلى أن النحل لاقيمة لها ولا رغبة فى عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به : يعنى لانسلم أنه منتفع به بعينه ، بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم فى الحال . قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فإنهما وإن كانا لاينتفع بهما فى الحال لكن ينتفع بهما فى المآل بأعيانهما ، وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه ؛ وإذا كان الانتفاع بما يخرج

(قوله لعدم مايمنع عنه) أقول : أى عن الإيقاع (قوله قيل قوله لابعينه احتراز الخ) أقول : القائل هو الإتقانى والخبازى

(قوله وفيه بعد لخروجهما الخ) أقول : فيه تأمل فإنه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما فى مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرجان به.

تبعا له ، كذا ذكره الكرخي رحمه الله (ولا يجوز بيع دود القزّ عند أبي حنيفة) لأنه من الهوام . وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القزّ تبعا له . وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يجوز) لمكان الضرورة . وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود

ينتفع به في ثاني الحال قبل حدوث ما يتولد منه ، فقبل حدوث ما يتولد منه لاينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام، ولذا قال في الجامع الصغير : إن وجد بها عيبا بكم يردها إشارة إلى أن النحل لاقيمة لها، حتى لوباعه تبعا لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق. وقال القدوري : إنه حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول : إنما يدخل في البيع تبعا ماهو من حقوق المبيع وأتباعه ، والنحل ليس من حقوق العسل ، إلا أنه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف ، والتبعية لاتنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوّارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سوّى من طين . وفي التهذيب : كوارة النحل مخففة ، وفي المغرب بالكسر من غير تشديد ، وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم (قوله ولا يجوز بيع دود القزّ عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام . وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القزّ تبعا له) وأجاز بيع بزر القزّ الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به) وأجاز السلم فيه كيلا إذا كان وقته وجعل منتهى الأجل في وقته . وجوابه ماتقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به مايخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ ، والوجه قول محمد للعادة الضرورية ، وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز . وفي الخلاصة في بيعهما قال : الفتوى على قول محمد . ثم لايخفى أن محمدا ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه ، وأبو حنيفة كذلك في قوله بعلمه . وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل، وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعا للكوّارة ظاهره أنه يجوز باتفاق حينئذ ، وعلى هذا يجب أن لايختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود

فقبل خروجه لايكون منتفعا به ، حتى لوكان مايخرج منه بأن باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل إذا سوّى من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له . كذا ذكر الكرخي في مختصره . وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر : وأما إذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وإن لم يجز إفراده بالبيع كالشرب والطريق . ثم قال : وقد حكى عن الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول : إنما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل ، إلا أنه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف . قال (ولا يجوز بيع دود القزّ وبيضه) وهو البزر الذي يكون منه الدود لايجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوامّ وبيضه مما لاينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال . وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيعه ، قيل وعليه الفتوى ، وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ، ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة كما في دوده ، وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة إنما لم يجوّز بيعه بانفراده ، فأما إذا كان تبعا فيجوز ، والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء ،

(قال المصنف : ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول : لابد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز ، حيث جوز الأول تبعا دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير الخ) أقول : فيه تأمل .

القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لايقدر على تسليمه (إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا فى حق المتعاقدين وهذا غير آبق فى حق المشترى ، ولأنه إذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ، ثم لايصير قابضا بمجرد العقد إذا كان فى يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لاينوب عن قبض البيع ، ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب . ولو قال هو

القز بل يقولان معا إن كان وحده لايجوز لأنه من الهوام . وإن كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لإفراد أبى حنيفة فى هذه، وقران أبى يوسف معه فى تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ماسواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب . ولا يجوز بيع شىء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك . وقال محمد : إذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لايجوز . وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان . وفى فتاوى الواوالجى : امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجر مثلها ، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله ؛ وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما إذا كانت فى بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال فى جواز بيعها ، وأما إذا كانت فى حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تجىء فكذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم ، وتجويز كونه لايعود أو عروض علم عوده لايمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبى المرسل فى برّ فإنه يجوز وإن جاز أن لايعود (قوله ولا يجوز بيع الآبق) الآبق إذا لم يكن عند المشترى لايجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عتقه ؛ غير أنه إذا أعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته وتجوز هبته لابنه الصغير أو ليتيم فى حجره ، بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لايجوز لأن شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف ، وما بقى له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن ، وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا

وإنما ذكرها هنا تبعا لما ذكره الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير لأنه وضعه ثمة كذلك . قال (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لايجوز لما ذكر محمد فى الأصل بقوله «بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق » ولأنه غير مقدور التسليم ، والآبق الذى لايكون مطلقا وهو الذى لايكون آبقا فى حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهى عنه بيع المطلق منه ، وهذا غير آبق فى حق المشترى فينتفى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد أو لا ، إن كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق ؛ وإن قبضه للرد ، فإما أن يشهد على ذلك أو لا ، فإن كان الأول لايصير قابضا لأنه أمانة عنده ، حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى (وقبض الأمانة لاينوب عن قبض البيع) لأن قبض الضمان أقوى لتأكده باللزوم والملك ، أما اللزوم فلأن المشترى لو امتنع عن قبض المبيع

(قوله والآبق الذى ، إلى قوله : هل يصير) أقول : فيه تأمل .

عند فلان فبعه منى فباعه لايجوز لأنه آبق فى حق المتعاقدين ولأنه لايقدر على تسليمه ؛ ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لايتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير فى الهواء . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم ، كما إذا أبق بعد البيع ، وهكذا

للصغير ، فإنه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزنا بيعه ممن ذكر أنه فى يده لثبوت التسليم ، والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم ، فإذا كان ثابتا حصل المقصود ، بخلاف ما لو جاء المشترى برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وأنا أقبضه منه واعترف ذلك الرجل لايجوز بيعه لأن تسليمه فعل غيره وهو لايقدر على فعل غيره فلا يجوز . وإذا جاز بيعه هل يصير قابضا فى الحال ، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع إن كان حين قبضه أشهد أنه قبض هذا ليرده على مالكه لايصير قابضا لأن قبضه هذا قبض أمانة ، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لايضمنه ، وقبض الأمانة لاينوب عن قبض البيع ، فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن ، وإن لم يشهد يصير قابضا لأن قبضه إذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ، ولو عاد من إباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا إذا سلمه؟ فعلى ظاهر الرواية لايعود صحيحا وهو مروى عن محمد ، كما إذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم أو باع طيرا فى الهواء ثم أخذه لايعود صحيحا ، وهذا يفيد أن البيع باطل ، وهو مختار مشايخ بلخ والثلجى لأن وجود الشرط يجب كونه عند العقد ، وفى رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يجوز لقيام المالية والملك فى الآبق ، ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون إذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضى للبيع ، وبه أخذ الكرخى وجماعة من المشايخ حتى إذا امتنع البائع من تسليمه أو المشترى من قبوله أجبر على ذلك ، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع أوتخاصما فإنه لايعود صحيحا اتفاقا ، وهذا يقتضى أن البيع فاسد ؛ فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف فى أنه باطل أو فاسد ، فإنك علمت أن ارتفاع المفسد فى الفاسد يرده صحيحا لأن البيع قائم مع الفساد ، وارتفاع المبطل لايرجع لأن البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما ، فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ، ووجه الفساد قيام المالية والملك . والوجه عندى أن عدم القدرة على التسليم مفسد لامبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف ، فإنهم اختلفوا فى بيع الطير فى الهواء وإن كان أخذه ثم أرسله فإنه لايخرج عن ملكه ، وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه ؛ فطائفة مع الكرخى يعود جائزا والبلخيون لايعود جائزا ، فبالضرورة أن من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم ، وقول من

أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه ، بخلاف الأمانة . وأما الملك فلأن الضمان يثبت الملك من الجانبين على ماهو الأصل ، بخلاف قبض الهبة ، وإن كان الثانى يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبى حنيفة ومحمد . وذكر الإمام التمرتاشى أنه لايصير قابضا عند أبى يوسف ، وقول المصنف يجب أن يصير قابضا كأنه إشارة إلى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضا نظرا إلى القاعدة . ولو قال المشترى هو عند فلان فبعه منى فباعه لايجوز لكونه آبقا فى حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم ، إذ البائع لايقدر على تسليم ما ليس فى يده ، ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج إلى عقد جديد ؟ فى ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلخ أن ذلك العقد لايتم ويحتاج إلى عقد جديد لوقوعه باطلا ، فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما إذا باع الطير فى الهواء ثم أخذه وسلمه فى المجلس . وعورض بأن الإعتاق يجوز . ولو فات

يروى عن محمد رحمه الله . قال (ولا بيع لبن امرأة فى قدح) وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر . ولنا أنه جزء الآدمى وهو بجميع أجزائه مكرّم

قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدور التسليم، إن عنى محلية البيع الصحيح فنعم وإلا فلا، بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره ، فإن كان له فنافذ أو لغيره فموقوف ، والنافذ إما صحيح إن كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد وإلا ففاسد . وأما حديث النهى عن بيع الآبق فروى إسحاق بن راهويه : أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقى قال : حدثنا جعفر بن الحرث أبو الأشهب الواسطى قال : حدثنى من سمع محمد بن إبراهيم التيمى عن أبى سعيد الخدرى «أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع مافى ضروعها، وعن بيع العبد وهو آبق » ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن إبراهيم عن محمد بن زيد العبدى عن شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى يرفعه إلى أن قال : «وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة القانص » وشهر مختلف فيه . وقال أبو حاتم : إن محمد بن إبراهيم مجهول ، وقيل فيه انقطاع أيضا ، وعلى كل حال فالإجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح فى نفس الأمر (قوله ولا بيع لبن امرأة فى قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فإنه لايكون فى قدح إلا بعد انفصاله ، أما عين القدحية فليس قيدا بل سائر الأوانى سواء ، وإنما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كى لايظن أن امتناع بيعه مادام فى الضرع كغيره بل على سائر أحواله لايجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعى يجوز لأنه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع أنه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى إذا استغنى عن الرضاع لايجوز شربه ، والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه فى العين الرمداء وبعضهم أجازه إذا عرف أنه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمى مكرّم

المحل لما جاز . وأجيب بأن الإعتاق إبطال الملك وهو يلائم النوى بالإباق ، بخلاف البيع فيه فإنه إثباته ، والنوى ينافيه . وروى عن أبى حنيفة أن العقد يتم إذا لم يفسخ ، والبائع إن امتنع عن تسليمه والمشترى عن قبضه أجبر على ذلك لأن العقد قد انعقد لقيام المالية لأن مال المولى لايزول بالإباق ولهذا جاز إعتاقه وتدبيره ، والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما إذا أبق العبد بعد البيع ، وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخى وجماعة من مشايخنا . وأما إذا رفعه المشترى إلى القاضى وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فإنه يحتاج إلى بيع جديد ، قال (ولا لبن امرأة فى قدح) قيد بقوله فى قدح لدفع ماعسى أن يتوهم أن بيعه فى الضرع لايجوز كسائر ألبان الحيوانات ، وفى القدح يجوز فقال : إنه لايجوز فى قدح . وجوّز الشافعى بيعه لأنه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الألبان ، وعقب بقوله طاهرا احترازا عن الخمر فإنها ليست بطاهرة. ولنا أنه جزء الآدمى لأن الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية ، وجزء الآدمى ليس بمال لأن الناس لايتمولونه وما ليس بمال لايجوز بيعه . وعورض بأنه لو كان جزء الآدمى لكان مضمونا بالإتلاف كبقية أجزاء الآدمى . أجيب بأنا لانسلم أن الأجزاء تضمن بالإتلاف بل المضمون ما انتقص من الأصل ؛ ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذا السن إذا نبتت (قوله وهو) أى الآدمى

(قوله لدفع ماعسى أن يتوهم) أقول : هذا التوهم بعيد جدا بعد ماسبق قوله ولا اللبن فى الضرع (قوله لأنه مشروب طاهر ، وبيع مثله جائز) أقول : الماء مشروب طاهر ، ولا يجوز بيعه قبل الإحراز كالكلإ ، فعلم أن مجرد ذلك لايكفى .

مصون عن الابتذال بالبيع ، ولا فرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها . قلنا : الرق قد حل نفسها ، فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التى هى ضده وهو الحى ولا حياة فى اللبن .

مصون عن الابتذال بالبيع ، ولا فرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الأمة . وعن أبى يوسف أنه يجوز فى لبن الأمة لأنه لايجوز إيراد العقد على كلها فيجوز على جزئها . قلنا) الجواز يتبع المالية ولامالية للإنسان إلا ما كان محلا للرق (وهو للحىّ ولا حياة فى اللبن) ولأن العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة . فإن قيل : أجزاء الآدمى مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالإتلاف . أجيب بمنع ضمان أجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الأصل ، حتى لو نبت السن التى قلعت لاضمان إلا ما يستوفى بالوطء فإنه مضمون وإن لم ينتقض شيئا تغليظا لأمر البضع فجعل مايستوفى بالوطء فى حكم النفس ، بخلاف من جزّ صوف شاة فإنه يضمن وإن نبت غيره ، وبإتلاف اللبن لاينتقص شيء من الأصل ، ولأن حرمة المصاهرة تثبت بشربه ، ففى إشاعته ببيعه فتح لباب فساد الأنكحة ، فإنه لايقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الأنكحة بين المسلمين . وهذا وإن كان يندفع إذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم أن شراءه ليس إلا لمنفعة أخرى كشراء الأمة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطئها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير : هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث إلى محمد بسند متصل قال : سمعت الفقيه أبا جعفر يقول : سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حمّ قال : قال نصير بن يحيى : سمعت الحسن بن سيهوب (١) يقول : سمعت محمد بن الحسن يقول : جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها ، لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الأموال ، لأنه لو كان مالا لم تجز الإجارة ؛ ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الإجارة ، فلما جاز إجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا . هذا وأما المصنف فإنما علل للمنع بأن

بجميع أجزائه مكرّم يجوز أن يكون دليلا آخر ٥ وتقريره أن الآدمى بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال ، وما يرد عليه البيع ليس بمكرّم ولا مصون عن الابتذال ، ولا فرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة . وعن أبى يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل . والجواب أنه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز . وبيانه أن الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه ، وأما اللبن فلا رق فيه لأن الرق يختص بمحل القوة التى هى ضد الرق : يعنى العتق ، وهو أى المحل هو الحى ، ومعناه أنهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان ، وإذ لاحياة فى اللبن لايرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع . والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبا مطلقا أو فى حال الضرورة ، والأول ممنوع ، فإنه إذا استغنى عنه حرم شربه . والثانى مسلم لأنه غذاء فى تربية الصغار لأجل الضرورة فإنهم لايتربون إلا بلبن الجنس عادة ، ولكن لايدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه .

(قوله وتقريره أن الآدمى بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول : قياس من الشكل الثانى (قوله لايرد عليه الرق) أقول : يعنى استقلالا (قوله وليست بمال) أقول : أى متقوم .

---

(١) (قوله سيهوب) كذا فى النسخ التى بأيدينا ، ولم نجده فحرر اه مصححه .

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لايتأتى بدونه ، ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع ، ولو وقع فى الماء القليل أفسده عند أبى يوسف . وعند محمد رحمه الله لايفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته . ولأبى يوسف رحمه الله أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها) لأن الآدمى مكرم لامبتذل فلا يجوز

الآدمى مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسيأتى باقيه (قوله ولا بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له). أورد عليه أنه جعل البيع هنا فى لبن المرأة إهانة مانعة من جواز البيع للزوم الإكرام والبيع ينفيه، وجعله فى مسئلة بيع الخمر والخنزير إعزازا فبطل للزوم الإهانة شرعا والبيع إعزاز ، وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة إلى محل إهانة وبالنسبة إلى آخر إكرام . مثلا : لو أمر السلطان بعض سائسى الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الإكرام له ، ولو أمر القاضى بذلك كان غاية الإهانة له ، فالخمر والخنزير فى غاية الإهانة شرعا ، فلو جعل مبيعا مقابلا ببدل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية إكرامه والآدمى مكرم شرعا وإن كان كافرا فإيراد العقد عليه وإبداله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له . هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين ، فالمعوّل عليه التعليل بالانتفاع والحاجة إليه مع إمكان وجوده مباح الأصل فلا تتأتى (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فإن الخرازين لايتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الأصل فلا حاجة إلى بيعه) فلم يكن بيعه فى محل الضرورة حتى يجوز ، وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث : فلو لم يوجد إلا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة إليه . وقد قيل أيضا إن الضرورة ليست ثابتة فى الخرز به بل يمكن أن يقام بغيره . وقد كان ابن سيرين لايلبس خفا خرز بشعر الخنزير ، فعلى هذا لايجوز بيعه ولا الانتفاع به . وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لأن ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا ، إلا أن يقال : ذلك فرد تحمل مشقة فى خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله ثم (قال أبو يوسف إنه لو وقع فى ماء قليل أفسده ، وعند محمد لاينجس به لأن حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبى يوسف ، لأن حكم الضرورة لايتعداها وهى فى الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك ، وما ذكر فى بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدراهم ينبغى أن يتخرج على القول بطهارته فى حقهم ، أما على قول أبى يوسف فلا وهو الوجه ، فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لايقدرون على الامتناع عنه ويتجمع على ثيابهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعر الإنسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لأن الآدمى مكرم غير مبتذل فلا يجوز

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين) ونجس العين لايجوز بيعه إهانة له، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لأن غيره لايعمل عمله . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه . أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى بيعه، وعلى هذا قيل : إذا كان لايوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لايطيب للبائع . وقال أبو الليث : إن كانت الأساكفة لايجدون شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغى أن يجوز لهم الشراء ، ولو وقع فى الماء أفسده عند أبى يوسف لأن الإطلاق للضرورة ولا ضرورة إلا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال . وقال محمد : لايفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ، ووقوع الطاهر فى الماء لاينجسه ، وكان المصنف اختار قول أبى يوسف حيث أخره ، قيل : هذا إذا كان منتوفا ، وأما المجزوز فطاهر كذا فى التمرتاشى وقاضيخان . قال (ولايجوز بيع شعور الإنسان الخ) بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لايجوز . وعن محمد أنه يجوز الانتفاع

أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا وقد قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة والمستوصلة » الحديث ، وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن . قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ)

أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا) وفى بيعه إهانة ، وكذا فى امتهانه بالانتفاع ، وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه فى الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواشمة والمستوشمة ، فالواصلة هى التى تصل الشعر بشعر النساء ، والمستوصلة المعمول بها بإذنها ورضاها ، وهذا اللعن للانتفاع بما لايحل الانتفاع به ؛ ألا ترى أنه رخص فى اتخاذ القراميل وهو مايتخذ من الوبر ليزيد فى قرون النساء للتكثير ، فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة وإلا لمنع القراميل ، ولا شك أن الزينة حلال ، قال الله تعالى ـ قل من حرّم زينة الله التى أخرج لعباده ـ فلولا لزوم الإهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء أيضا . وفى الحديث « لعن الله النامصة والمتنمصة أيضا » والنامصة هى التى تنقش الحاجب لترقه ، والمتنمصة التى يفعل بها ذلك (قوله ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ

بها استدلالا بما روى « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به » ولو كان نجسا لما فعله ، إذ النجس لايتبرك به . وجه الظاهر أن الآدمى مكرم غير مبتذل ، وما هو كذلك لايجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلا مهانا وفى البيع والانتفاع ذلك ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : «لعن الله الواصلة والمستوصلة » والواصلة من تصل الشعر ، والمستوصلة من يفعل بها ذلك . فإن قيل : جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير إعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمى إهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا لأمرين متنافيين . وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع ، فإن كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره إعزاز له فلا يجوز لإفضائه إلى إعزاز ما حقره الشرع ، وإن كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك إهانة له فلا يجوز لإفضائه إلى تحقير ماعظمه الشرع فليس ذلك من البيع فى شيء ، وإنما هو من وصف المحل شرعا ، ثم إن عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لأن شعر غير الإنسان لاينجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر أولى ، ولأن فى تناثر الشعور ضرورة وهى تنافى النجاسة . وقال الشافعى : نجس لحرمة الانتفاع به ، وهو محجوج بالضرورة ، ولا بأس باتخاذ القراميل وهى مايتخذ من الوبر لزيد فى قرون النساء : أى فى أصول شعرهن بالتكثير وفى ذوائبهن بالتطويل ، ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع بها لنجاستها . قال صلى الله عليه وسلم « لاتنتفعوا من الميتة بإهاب » وهو اسم لغير المدبوغ ، كذا روى عن الخليل وقد مر فى كتاب الصلاة . فإن قيل : نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس . أجيب بأنها خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهى كعين الجلد ، بخلاف نجاسة الثوب . فإن قيل : قوله صلى الله عليه وسلم

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة والمستوصلة » الحديث) أقول : قال الزيلعى : إنما لعنا للانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم المنهى ، وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لو تم ماذكره لكان البيع بما يماثله فى التحقير والتعظيم جائزا ، وليس كذلك إلا أن يقال : لانظير لذلك فى الشرع وفيه تأمل ، أو يقال : ماذكرته كلام على السند ، ولعل الأولى أن يقال فى جواب أصل السؤال إن بعض الأشياء خلق مالكا فجعله مملوكا إهانة له لكونه حطا عن درجته ، وبعض الأشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله مملوكا رفع له عن مرتبته ، ولا بعد فى إيجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين فى محلين مختلفين ؛ ألا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعقد الملح وتذيب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول : أى ماذكر من الإهانة والإعزاز (قوله من المبيع فى شيء) أقول : لعل المراد أن المبيع ليس موجبا تاما لهما حتى يرد السؤال .

لأنه غير منتفع به ، قال عليه الصلاة والسلام « لاتنتفعوا من الميتة بإهاب » وهو اسم لغير المدبوغ على ماعرف فى كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لأنها قد طهرت بالدباغ ، وقد ذكرناه فى كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لأنها طاهرة لايحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل . والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله ، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به . قال (وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز)

لأنها غير منتفع بها ، قال صلى الله عليه وسلم « لاتنتفعوا من الميتة بإهاب ») وتقدم فى الصلاة تقريره وتخريجه ، ولا خلاف فى هذا . فإن قيل : نجاستها ليست إلا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهى متنجسة فكان ينبغى أن يجوز بيعها كالثوب النجس . أجيب بأن المتنجس منها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزايله فهى كعين الجلد ، فعلى هذا يكون الجلد نجس العين ، بخلاف الثوب والدهن النجس فإن النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه . وهذا السؤال ليس فى تقرير المصنف ما يرد عليه أولا ليحتاج إلى الجواب عنه ، فإنه ما علل المنع إلا بعدم الانتفاع به ، وإنما يرد على من علل بالنجاسة . ولا ينبغى أن يعلل بها بطلان بيع أصلا ، فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهى عدم المالية ، فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا . وأما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع بها حينئذ شرعا ، والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم فى الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها) وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فإن هذه الأشياء طاهرة لاتحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم فى الصلاة (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه ، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف هو كسائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به فى الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به . قيل وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ، ومنهم من حكى إجماع العلماء على جواز بيعه . وفى البخارى قال الزهرى فى عظام الميتة نحو الفيل وغيره : أدركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لايرون بأسا . وقال ابن سيرين : وإبراهيم لا بأس بتجارة العاج . وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة منع بيع القرد . وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه ، وهو المختار لأنه مما ينتفع به فى بعض الأشياء (قوله وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلى

(لاتنتفعوا) وهو يقتضى المشروعية فمن أين اللاجواز ؟ فالجواب أنه نهى عن الأفعال الحسية وهو يفيده ، طالع التقرير تطلع عليه (ولابأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت به) لأن تأثيره فى إزالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ . ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لايحلها الموت لعدم الحياة ، وقد تقدم فى كتاب الصلاة (والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به فى حرمة اللحم وغيرها . قال لاتقع عليه الزكاة ، وإذا دبغ جلده لم يطهر . وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لأنه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك ، فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع . قالوا : بيع عظمه إنما يجوز إذا لم تكن عليه دسومة ، وأما إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه . قال (وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز)

(قوله فالجواب أنه نهى الخ) أقول : فيه بحث .

لأن حق التعلى ليس بمال لأن المال مايمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع ، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومنفردا فى رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على مانذكره فى كتاب الشرب .

(وحق التعلى ليس بمال لأن المال عين يمكن إحرازها) وإمساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالايباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما . وقول المصنف (والمال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات) فيما إذا كان الشرب شرب تلك الأرض ، أما إذا باع أرضا مع شرب غيرها ففى صحته اختلاف المشايخ . والصحيح أنه لايجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبته ، وجوّزه مشايخ بلخ كأبى بكر الإسكافى ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه ، والقياس يترك بالتعامل كما جوّز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على مانذكره فى كتاب الشرب) فإنه قال فيه : ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما فى مقدار ثمن الأرض لأن الذى زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما فى مقدار الثمن . وقيل لو باع أرضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب ، وأما ضمانه بالإتلاف وهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوى ، وعلى رواية شيخ الإسلام لايضمن ، وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه ، ولا يضمن قبل الجمع ، وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه فلا يلزم المخالف . وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف أنه قصر ضمانه بالإتلاف على ما إذا كان شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال : لاوجه للضمان بالإتلاف إلا بهذه الصورة ، لأنه لوضمن بغيرها فإما بالسقى أو بمنع حق الشرب ، لا وجه إلى الأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا إلى الثانى لأن منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد ، وأما أنه حظ من الماء فهو عين شيء يتعلق بالعين فأورد عليه أنه لوكان عينا ينبغى أن

لأن حق التعلى ليس بمال لعدم إمكان إحرازه والمال هو المحل للبيع) فإن قيل : الشرب حق الأرض ولهذا قال فى كتاب الشرب : إذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغى أن لايجوز . أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ، ومفردا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء لوجوب الضمان بالإتلاف ، فإن من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ، ولأن له حظا من الثمن ذكره فى كتاب الشرب . قال فى شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشربها بألف والآخر بشرائها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لأنهما اختلفا فى ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب ، وإنما لم يجز بيع الشرب وحده فى ظاهر الرواية للجهالة لاباعتبار أنه ليس بمال ، بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية .

(قال المصنف : لأنه حظ من الماء) أقول : فإن قيل : سلمنا أنه نصيب ولكن ليس ذلك النصيب فى ملكه وقت البيع ، وإن وجد فى أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لاتبعا ولامنفردا . قلت : لاحاجة إلى وجود العين فى ملكه للبيع وقت البيع كما فى الاستصناع والسلم فيجوز بيعه . أما قوله والماء ليس بملك . قلنا : إذا وجد فى أرضه وأتلفه إلى آخر يضمن علم أنه يملكه ، كذا فى شرح شاهان ، إلا أنه مخالف لما ذكروه فى شرح قول المصنف : ولا يجوز بيع المراعى كما سبق فليتأمل ، وسيجىء فى آخر كتاب الشرب أنه لايضمن إذا سقى من شرب غيره .

قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين : بيع رقبة الطريق والمسيل ، وبيع حق المرور والتسييل . فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسئلتين أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا معلوما ، وأما المسيل فمجهول لأنه لايدرى قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثانى فنى بيع حق المرور روايتان .

لايجوز بيعه إذا لم يكن فيه ماء . وأجيب بأنه إنما جوّز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجموع المقدار فلا يجوز بيعه ، وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا ، قالوا : وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذى يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير إجماعا كالاستصناع والسلم لايقاس عليه ، والضرورة فى بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل إن تحقق فحاجة بعض الناس فى بعض الأوقات وبهذا القدر لايخالف القياس .

[فرع] باع العلو قبل سقوطه جاز ، فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف (المسئلة تحتمل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقبة الطريق والمسيل ، و) أن يكون المراد (بيع حق المرور) الذى هو التطرق (والتسييل ، فإن كان الأول) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل : أى مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا معلوما) فإن بينه فلا إشكال فى حق نفسه ، وإن لم يبينه جاز أيضا ، وهو المراد بالمسئلة هاهنا فإنه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله إلى السكة النافذة (أما المسيل فمجهول لأنه لايدرى قدر مايشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل ، أما لو بين حدّ مايسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده : (وإن كان) المراد (الثانى) وهو مجرد حق المرور والتسييل (فنى بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيادات لايجوز وبه أخذ الكرخى لجهالته ، وعلى رواية كتاب القسمة يجوز ، فإنه قال : دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فإنه لاحق له فى غير الطريق ، فإذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثى ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرءوس لأن صاحب القليل يساوى صاحب الكثير فى الانتفاع انتهى . فقد جعل لصاحب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ ، واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لايجوز

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه إن بين ذلك وهو ظاهر ، وإلا قدّر بعرض باب الدار العظمى ، وهو مشاهد محسوس لايقبل النزاع . وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته إذا لم يبين الطول والعرض لايجوز للجهالة حيث لايدرى قدر مايشغله الماء ، والقيد الأول لإخراج بيع رقبته من حيث أنه نهر فإنه أرض مملوكة جاز بيعها . ذكره شمس الأئمة السرخسى . والثانى لإخراج بيعه من حيث هو مسيل إذا بين حدوده وموضعه فإنه جائز أيضا . ذكره قاضيخان . وهذا أحد محتملى المسئلة ، وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الأرض جائز فى رواية ابن سماعة ، وجعل فى كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال : دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لأنه لاحق له فى غير الطريق ، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثى ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد ، وقسمة الطريق تكون

ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ، أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلى وعلى الأرض مجهول بلجهالة محله . ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلى على إحدى الروايتين أن حق التعلى يتعلق بعين لاتبقى وهو البناء فأشبه المنافع ، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان . قال (ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما ، بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير .

(فوجه الفرق على إحداهما) أى وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ، أما التسييل) فإن كان على السطح (فهو نظير حق التعلى) لايجوز باتفاق الروايات ومرّوجه فساده وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء ، وفى هذا نظر ، فإن ذلك إذا باع حق التعلى بعد سقوط العلو فإنما يكون نظير ما إذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وإن كان على الأرض ، وهو أن يسيل المـاء عن أرضه كى لايفسدها فيمرّه على أرض لغيره فهو مجهول بلجهالة محله الذى يأخذه المـاء بقيت الحاجة إلى الفرق بين حق التعلى حيث لايجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية ، وإنما احتيج إلى الفرق لأنه علل المنع فى حق التعلى بأنه ليس بمال فيرد عليه أن حق المرور كذلك ، وقد جاز بيعه فى رواية ، وفى كل منهما بيع الحق لابيع العين ، وهو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض وهى مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين ، أما حق التعلى فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال ، وأما فرق المصنف بأن حق التعلى يتعلق بالبناء وهو عين لاتبقى فأشبه المنافع ، بخلاف الأرض فليس بذلك لأن البيع كما يرد على مايبقى من الأعيان كذلك يرد على مالا يبقى وإن أشبه المنافع ، ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المـانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لايجوز كالتسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى[(١)] إلى آخره) إذا اشترى هذه الجارية

على عدد الرءوس لأن صاحب القليل يساوى صاحب الكثير فى الانتفاع ، فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع ، وفى رواية الزيادات : لايجوز ، وصححه الفقيه أبو الليث لأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لايجوز ، وبيع التسييل وهو حق المسيل لايجوز ، وهذا محتملهما الآخر . وإذا عرف هذا، فإن كان المراد المحتمل الأول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا ، وإن كان المحتمل الثانى فعلى رواية الزيادات لايحتاج إلى الفرق لشمول عدم الجواز ، وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم إما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق ، وأما المسيل فإما أن يكون على السطح أو على الأرض ، والأول حق التعلى وهو ليس بمال ولا متعلقا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة المـاء وكثرته ، والثانى مجهول فعاد إلى الفرق فى المحتمل الأول . وهذه الرواية : أعنى رواية ابن سماعة فى جواز بيع حق المرور تلجئ إلى الفرق بينه وبين التعلى ، والفرق بينهما ماذكره بقوله إن حق التعلى تعلق بعين لاتبقى وهو البناء فأشبه المنافع وعقد البيع لايرد عليها ، أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان والبيع يرد عليها ، فظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التى هى أموال أو حق يتعلق بها ، وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولايجوز بيعه . قال (ومن باع جارية فإذا هو غلام) اعلم أن الذكر والأنثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت

---

(١) (قوله ومن اشترى) عبارة المصنف : ومن باع الخ ، أفاده العلامة البحراوى ، وسيأتى نظيرتها : ومن اشترى جارية الخ ، كتبه مصححه .

والفرق ينبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمي ويبطل لانعدامه ، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خبّاز فإذا هو كاتب ، وفي مسئلتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض ، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان

فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع ، وهذه وأمثالها تبتنى على الأصل الذي تقدم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسماها جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية ، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لاتحصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ ، وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ، ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد ، فإنه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما ، وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا ، وإن كان قليلا اعتبرت الإشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم إلا أنه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشترى فيثبت له الخيار . وقول المصنف (والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لايريد أن الأصل مختلف فيه بل هو متفق عليه ، وإنما ذكره محمد في خلافيته في المهر مستدلا به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدنّ من الخل فإذا هو خمر في الجنسين كل ذكر مع أنثى من بني آدم وإن كان متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد ألحقا بمختلفيهما ، بخلاف الذكر والأنثى من سائر البهائم غير الآدمي فإن البيع ينعقد ويثبت الخيار . ونقل القدوري عن زفر أنه جعل الذكر والأنثى من بني آدم كالذكر والأنثى من غيرهما ، فحكم بجواز البيع . وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهما ، فألحقا بالجنسين ، فالغلام يراد للخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة ، والأنثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش ، بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لايتفاوت الغرض منها فاحشا ، فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بلا نظر إلى الذاتي ، وهذا قول المصنف (وهو المعتبر في هذا دون الأصل) يعني المعتبر في أنهما جنسان أو جنس واحد تفاوت الأغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس ، أو قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل : يعني الذاتي ، ولذا قالوا (الخل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما

بينهما ، وقد يكونان جنسا واحدا لقلته ، فالغلام والجارية جنسان لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية ، والكبش والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلي من الحيوانات الأكل والركوب والحمل والذكر والأنثى في ذلك سواء ، فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الأغراض دون الأصل كالخل والدبس فإنهما جنسان مع اتحاد أصلهما لعظم التفاوت . والوذاري بكسر الواو وفتحها : ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند ، والزندنيجي ثوب منسوب إلى زندنة : قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير . وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر بتسمية ، فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد

والوذارى والزندنيجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما . قال (ومن اشترى جارية بألف درهم

يفحش تفاوت الغرض منهما (والوذارى والزندنيجى) كذلك ، والوذارى بفتح الواو وكسرها وإعجام الذال ثم راء مهملة : نسبة إلى وذار قرية من قرى سمرقند ، والزندنيجى بزاى ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة إلى زندنة بفتح الزاى والنون الأخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ . وما ذكر لأبى حنيفة فى باب المهر يقتضى أنه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ، ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك . ومن المختلفين جنسا ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير ، كما إذا باع [1] عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب ، كذا ذكره المصنف ، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التى عينت أولا فى ثبوت الخيار ، كما أطلق فى المحيط ثبوت الخيار ، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشترى ، فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التى عينها لا بما ليس غرضا له الآن ، وكأن مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار له ، لأنه خير مما عين . وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها ، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فإنه يفيد أن حاجته التى لأجلها اشترى هى هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بألف درهم

يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه . وإذا قال بعتك هذه الجارية فإذا هى غلام بطل البيع لفوات التسمية التى هى أبلغ فى التعريف من الإشارة ، فإن التسمية لبيان الماهية يعنى موصوفا بصفة ، والإشارة لتعريف الذات يعنى مجردا عن بيان صفة ، والأبلغ فى التعريف أقوى ، وإن كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ، لأن العبرة إذ ذاك للإشارة لا للتسمية ، لأن ما سمى وجد فى المشار إليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار إليه ، وقد ذكرنا تمام ذلك فى كتاب النكاح فى تعليم محمد رحمه الله : إذا باع كبشا فإذا هو نعجة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب ، فإنه إذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الإلغاء فصار كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب فهو بالخيار . وقد يشير كلام المصنف إلى ثبوت خيار المشترى عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص ، لأن الظاهر أن صفة الخبز لا تربو على الكتابة . وقد ذكر صاحب المحيط والعتابى كذلك . وقال فخر الإسلام وأخوه صدر الإسلام والصدر الشهيد : إن الموجود إن كان أنقص من المشروط الفائت كان له الخيار ، وإن كان زائدا فهو للمشترى . ونص الكرخى على ذلك فى مختصره . ولكل واحد منهما وجه . أما الأول فلأن المشترى قد يكون محتاجا إلى خباز فبإلزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا . وأما الثانى فلما تقدم أن المشترى إذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير ، وإن وجد أحد عشر فهو له بلا خيار . قال (ومن اشترى جارية بألف درهم)

(قال المصنف : والوذارى والزندنيجى على ماقالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول : الوذارى بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة : ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند ، والزندنيجى : ثوب منسوب إلى زندنة قرية ببخارى ، كذا فى المغرب .

---

(١) (قوله كما إذا باع الخ) كذا فى النسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اهـ مصححه .

حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لايجوز البيع الثانى) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض ؛

حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز ، وإن باعها من البائع بأقل لايجوز عندنا ، وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ؛ ولو اشترى. ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده . وعندهما يجوز لتباين الأملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لاتقبل شهادة أحدهما للآخر . ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الأول جاز عنده خلافا لهما ، لأن تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك إلى الموكل حكما فكان كما لو اشترى لنفسه فمات فورثه البائع. وعندهما عقد الوكيل كعقده . ولو اشتراه وارثه يجوز فى ظاهر الرواية عنهم ، وعن أبى يوسف لايجوز ، ولو باعه المشترى من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الأسباب بلا شبهة ، وبه تختلف المسببات ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وقيد بقوله قبل نقد الثمن لأن مابعده يجوز بالإجماع بأقل من الثمن ، وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعى رحمه الله : يجوز) كيفما كان ، كما لوباعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الأول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لأنه هو المطلق فى الأصول التى عينها ، وتقييده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل ، لأنه لوباعه

من اشترى شيئا بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) فالبيع الثانى فاسد خلافا للشافعى: هو يقول : الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه ، وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة على الثمن الأول أو بالعرض وقيمته أقل من الألف . وحاصل ذلك أن شراء ماباع لايخلو من أوجه : إما أن يكون من المشترى بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر . والثانى جائز بالاتفاق مطلقا : أعنى سواء اشترى بالثمن الأول أو بأنقص أو بأكثر أوبالعرض . والأول إما أن يكون بأقل أو بغيره ، والثانى بأقسامه جائز بالاتفاق . والأول هو المختلف فيه . فالشافعى رحمه الله جوّزه قياسا على الأقسام الباقية ، وبما إذا باع من غير البائع فإنه جائز أيضا بالاتفاق ، ونحن لم نجوّزه بالأثر والمعقول . أما الأثر فما قال محمد: حدثنا أبوحنيفة يرفعه إلى عائشة رضى الله عنها: أن امرأة سألتها فقالت : إنى اشتريت من زيد ابن أرقم جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الأجل، فقالت عائشة رضى الله عنها : بئسما شريت وبئسما اشتريت ، أبلغى زيد بن أرقم أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ، فأتاها زيد بن أرقم معتذرا ، فتلت عليه قوله تعالى - فمن جاءه موعظة من ربه - فانتهى فله ماسلف - ووجه الاستدلال أنها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأجزية الأفعال لاتعلم بالرأى فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لايجازى بذلك فكان فاسدا ، وأن زيدا اعتذر إليها وهو دليل على كونه مسموعا لأن فى المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما

(قوله والثانى بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقا) أقول: إلا من وارثه ، نص عليه الإتقانى وغيره (قوله فقالت عائشة : بئسما شريت) أقول : أى بعت. فإن الشراء من الأضداد .

ولنا قول عائشة رضى الله عنها: تلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة: بئسما شريت واشتريت، أبلغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ، ولأن الثمن لم يدخل فى ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصّة بقى له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض ،

بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لايجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر ، وقياسه على العرض بجامع أنه خلاف جنسه فإن الذهب جنس آخر بالنسبة إلى الدراهم . وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما إلى الآخر فى الزكاة فيبطل البيع احتياطا وألزم أن اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا . والجواب أنه مقتضى الوجه ذلك ولكن فى التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر إجماع (ولنا قول عائشة) إلى آخر مانقله المصنف عن عائشة يفيد أن المرأة هى التى باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح ،لأن شريت معناه بعت ، قال تعالى - وشروه بثمن بخس - أى باعوه ، وهو رواية أبى حنيفة؛ فإنه روى فى مسنده عن أبى إسحاق السبيعى عن امرأة أبى السفر « أن امرأة قالت لعائشة رضى الله عنها : إن زيد بن أرقم باعنى جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها منى بستمائة ، فقالت : أبلغيه عنى أن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب» . فنى هذا أن الذى باع زيد ثم استرد وحصل الربح له ، ولكن رواية غير أبى حنيفة من أئمة الحديث عكسه . روى الإمام أحمد بن حنبل : حدثنا محمد بن جعفر ، حدثنا شعبة عن أبى إسحاق السبيعى عن امرأته أنها دخلت على عائشة هى وأم ولد زيد بن أرقم ، فقالت أم ولد زيد لعائشة : إنى بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقدا ، فقالت : أبلغى زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن تتوب ، بئس ما اشتريت وبئس ماشريت . وهذا فيه أن الذى حصل له الربح هى المرأة . قال ابن

كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه . وفيه بحث لجواز أن يقال : إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء وهو أجل مجهول . والجواب أنه ثبت من مذهبها جواز البيع إلى العطاء وهو مذهب علىّ رضى الله عنه فلا يكون كذلك ، ولأنها كرهت العقد الثانى حيث قالت : بئس ماشريت مع عرائه عن هذا المعنى ، فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به إلى الثانى . فإن قيل : القبض غير مذكور فى الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف فى المبيع قبل قبضه . أجيب بأن تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لالعدم القبض . فإن قيل : الوعيد قد لايستلزم الفساد كما فى تفريق الولد عن الوالد بالبيع فإنه جائز مع وجود الوعيد . أجيب بأن الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق، حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا . وأما الثانى فهو ما قال إن الثمن لم يدخل فى ضمان البائع لعدم القبض ، فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقى له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما إذا باعه من غيره لأن الربح لايحصل للبائع ، وبخلاف ما إذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لأنه لم يعد إليه المستفاد من جهته لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان ، وبخلاف ما إذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا ، وبخلاف ما إذا اشترى بأكثر فإن الربح هناك يحصل للمشترى والمبيع قد دخل فى ضمانه ، وبخلاف ما إذا باع بالعروض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة ، وبخلاف ما إذا تعيب المبيع عند المشترى ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول لأن النقصان يجعل فى مقابلة الجزء الفائت الذى احتبس عند المشترى ، وبخلاف ما إذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من

(قال المصنف : إن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم) أقول : هذا على سبيل التوبيخ والتهديد .
(قوله فلايكون لذلك بل لأنهما تطرقا به) أقول : قوله فلايكون : أى الوعيد قوله لذلك : أى لكون البيع إلى العطاء ، قوله تطرقا به : أى بالبيع إلى العطاء (قوله دليل على أنه للربا لالعدم القبض) أقول : فيه بحث .

بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة .

عبد الهادى فى التنقيح : هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال لايثبت مثله عن عائشة . وقول الدارقطنى فى العالية هى مجهولة لايحتج بها فيه نظر ، فقد خالفه غير واحد ، ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد . وقال غيره : هذا مما لايدرك بالرأى . والمراد بالعالية امرأة أبى إسحاق السبيعى التى ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة . قال ابن الجوزى : قالوا : إن العالية امرأة مجهولة لايحتج بنقل خبرها . قلنا هى امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد فى الطبقات فقال : العالية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبى إسحاق السبيعى سمعت من عائشة . وقولها بئس ماشريت : أى بعت ، قال تعالى ـ وشروه بثمن بخس ـ أى باعوه ، وإنما ذمت العقد الأول لأنه وسيلة وذمت الثانى لأن مقصود الفساد . وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال : أخبرنا معمر والثورى عن أبى إسحاق عن امرأة أنها دخلت على عائشة فى نسوة فسألتها امرأة فقالت : كانت لى جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لى عليه ثمانمائة فقالت عائشة : إلى قولها إلا أن تتوب ، وزاد : فقالت المرأة لعائشة : أرأيت إن أخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل ؟ فقالت ـ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف ـ . لايقال : إن قول عائشة وردها لجهالة الأجل وهو البيع إلى العطاء ، فإن عائشة كانت ترى جواز الأجل إلى العطاء . ذكره فى الأسرار وغيره . والذى عقل من معنى النهى أنه استربح ما ليس فى ضمانه . ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ، وهذا لأن الثمن لايدخل فى ضمانه قبل القبض ، فإذا عاد إليه الملك الذى زال عنه بعينه وبقى له بعض الثمن فهو ربح حصل لاعلى ضمانه من جهة من باعه ، وهذا لايوجد فيما إذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل إلحاق الشافعي بذلك ، بخلاف مالو باعه المشترى من غير البائع فاشتراه البائع منه لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكما ، وكذا لو دخل فى المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لأن الملك لم يعد إليه بالصفة التى خرج فلا يتحقق ربح مالم يضمن ، بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذى احتبس عند المشترى سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه ، حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر فى العقود لأنه فتور فى رغبات الناس فيه وليس من ذوات جزء من العين ، ولذلك إذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لأن الربح لايتحقق عينه مع اختلاف الجنس ، لأن الفضل إنما يظهر بالتقويم والبيع لايعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الأول لظهوره بلا تقويم ، وقد أورد عليه تجويز كون إنكار عائشة لوقوع البيع الثانى قبل قبض المبيع إذ القبض لم يذكر فى الحديث . قلنا : لايصح هذا لأنها ذمته لأجل الربا بقرينة تلاوة آية الربا ، وليس فى بيع المبيع قبل القبض ربا . ولايخفى ضعف هذا الجواب لأن تلاوة الآية ظاهر فى كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة : أرأيت إن أخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل ، كان هذا مع التوبة ، فتلت آية ظاهرة فى قبول التوبة وإن كان سوقها فى القرآن فى الربا . وأورد عليه طلب الفرق بين النهى عن بيع الولد الكائن مع أمه مفردا لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهى . أجيب بأن النهى إذا كان لأمر يرجع إلى نفس البيع أوجبه ، وإن كان لأمر خارج لا ، والنهى فيما ذكر للتفريق لالنفس البيع ، حتى لو فرق بينهما بغير البيع أثم فيكره البيع فى نفسه كالبيع وقت النداء ، وهنا

الثمن الأول قياسا ، وهو قول زفر لأن ربا الفضل لايتحقق بين الدراهم والدنانير ، وفى الاستحسان لايجوز لأنهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح .

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع ويبطل فى الأخرى) لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ، ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

هو لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا حكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع ويبطل فى الأخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة . وهى أن شراء ما باع من المشترى بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى) والتى باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا . ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها) وهى التى ضمت إليها. وأورد عليه أن علة الفساد فى التى باعها ثم اشتراها لو كان

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، ولهذا لم يجز البيع فى التى اشتراها من البائع ، وبيانه ما قال لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا لأخرى بأقل مما باع ، وقد تقدم فساده. ونوقض بما إذا باعهما بألف وخمسمائة فإن البيع فاسد . ذكرها فى جامعهما العلمان فى الإتقان شمس الأئمة وفخر الإسلام، ولو كان الفساد فى المسئلة الموضوعة فى الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لأن عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجرى فيه الأصل المذكور. وأجيب بأن الفساد لتعدد جهات الجواز . وبيانه أنا لو جعلناه بإزاء ما باعها ألفا جاز ، وإن جعلنا ألفا وحبة جاز وهلم جرا، وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز ، وفيه نظر لأن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد فى الوضع فلا تكون صحيحة ، على أنه معارض بأن تجعل الجارية التى لم يشترها منه فى مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتتعدد جهات الجواز. وليس البعض أولى، وبأن كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز. فاعتبار الجهات فى مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيحا بكثرة الأدلة وهو لا يجوز على ما عرف. والأولى أن يقال :جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه، والترجيح هنا للمفسد ترجيح للمحرم، ولا يسرى الفساد منها إلى غير المشتراة لأن الفساد ضعيف فيها لأمور : إما لأنه مجتهد فيه بخلاف الشافعى المتقدم وفيه نظر ؛ أما أولا فلأن كونه مجتهدا فيه إن كان لخلاف الشافعى فلا يكاد يصح لأن خلاف الشافعى كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد، ولأن أبا حنيفة رحمه الله أبطل إسلام القوهية فى القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه ، فإنه لو أسلم قوهيا فى قوهى جاز عند الشافعى ، ومع ذلك تعدى فساد ذلك إلى المقرون به وهو إسلام القوهى فى المروى ؛ وإما لأن الفساد فى المشتراة باعتبار شبهة الربا ، فلو اعتبرناها فى التى ضمت إليها كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة وهى غير معتبرة ، وبيانه أن فى المشتراة شبهة الربا أن فى المسئلة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا ، لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشترى وبالبيع الثانى يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد

(قوله وبيانه أنا لو جعلناه بإزاء ماباعها) أقول: أنث الضمير الراجع إلى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والأولى أن يقال : جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول: فيه بحث . ثم اعلم أن الضمير الأول فى قوله تقتضيه راجع إلى الجواز ، والضمير الثانى فى تقتضيه راجع إلى الفساد (قوله وفيه نظر ، أما أولا فلأن كونه مجتهدا فيه الخ) أقول: يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهدا فيه أنه محل للاجتهاد قابل له ، وقوله بخلاف الشافعى دليل على ذلك ، فإنه لو لم يكن محلا للاجتهاد لم يخالف الشافعى به فليتدبر قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول: وأجيب بأن السلم مبناه على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط ولم تعتبر فى مطلق البيع فناسبه

أو لأنه باعتبار شبهة الربا ، أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى إلى غيرها .

إصابة حصتها إياها أقل من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع فى التى اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة ، لأن عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، لكن ذكروا أنه أيضا فاسد . أجيب بأن الفساد فى هذا لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز ، وليس البعض فى الحمل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز ، بخلاف الأكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على مايجىء فى كتاب الصرف ، وهذا لوصح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فيمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد فى الجاريتين ؛ وما أبشع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بلامعارض يحرم . والحق أن بينهما فرقا ، فإن هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار ، فإذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر إلا وكادة ، فإن الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ، ومع ذلك لم يعمل المجوز الذى وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل : وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل إلى وجه ذكر أنه الوجه ، وهو أن من الممكنات أن يعتبر فى مقابلة الجارية الأولى من الألف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد ، وليس هذا من المذهب فى شىء ، بل إذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سيأتى فى بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزى حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبارا لتصحيح تصرف المسلم . ولا إشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن مذهب أبى حنيفة أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارنا ، فدفعه المصنف بوجوه : أولها أن الفساد فيما بيعت أولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعى فلم يسر للأخرى كما إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر لا يفسد فى الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد . واستشكل بما لو أسلم قوهيا فى قوهى ومروى فإنه باطل فى الكل عنده ، وعندهما يصح فى المروى ؛ كما لو أسلم حنطة فى شعير وزيت عنده يبطل فى الكل ، وعندهما يصح فى حصة الزيت مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه ، فإن إسلام هروى فى هروى جائز عند الشافعى ، ولا مخلص منه إلا بتغيير تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالإجماع عليه إلى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد فى أحدهما ، وهو شرط قبول العقد فى المروى شرطا لقبوله فى المروى ، فيفسد فى المروى بالشرط الفاسد

الثانى مشتريا ألفا بخمسمائة من هذا الوجه ، والشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الربا ، وإما لأن الفساد طارئ لوجهين : أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهى مقابلة صحيحة ، إذ لم يشترط فيها أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول ؛ لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبع ففسد البيع فيما باع ، ولا شك فى كونه طارئا فلا يتعدى إلى الأخرى . ولا يشكل بما إذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فإن المفسد مقارن لأن قبول كل منهما شرط لصحة العقد فى الآخر ، والعقد جائز فى العبد لأن شمس الأئمة قد قال البيع فى المدبر غير فاسد ، ولهذا لو أجاز القاضى بيعه جاز ، ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا فى العقد فلهذا لا يتعدى إلى الآخر . والثانى المقاصة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد

السراية ، بخلاف ما نحن فيه . وأجاب فى الكافى بجواب آخر فراجعه (قوله لأن شمس الأئمة قد قال : البيع فى المدبر) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله والثانى المقاصة) أقول : معطوف على قوله أحدهما أنه قابل الثمن .

قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ، ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لأن الشرط الأول لايقتضيه العقد والثانى يقتضيه . قال (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى ،

وفى المروى باتحاد الجنس ، وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به فى شرح الجامع . ثانيها أن الفساد فى الأولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الأول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف فى المضمونة ، فلو اعتبرنا تلك الشبهة فى التى ضمت إلى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة ، وهذا أحسن من تقرير قاضيخان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الأول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشترى ، وبالبيع الثانى يقع الأمن عنه فيكون البائع بالعقد الثانى مشتريا ألفا بخمسمائة . ثالثها أن الفساد فى الأول طارئ غير مقارن . وله وجهان : أحدهما أنهما لم يذكرا فى العقد مايوجب فساده فإنه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ، ولكن بعد ذلك ينقطع الثمن على قيمتهما فيصير البعض بإزاء مالم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه : وهذا فساد طرأ الآن لأن الانقسام بعد وجوب الثمن أى بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فلايتعدى إلى الأخرى والآخر بسبب المقاصة ، فإن المقاصة تقع بين الثمن الأول والثمن الثانى فيبقى من الثمن الأول فضل بلاعوض ، وذلك لأن البائع الأول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الأول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عندها فهو طارئ فلايظهر فى الأخرى ، كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم ألحقا فى ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى إلى الآخر فكذا ما نحن فيه . وأورد ينبغى أن يفسد العقد فى الآخر لمعنى آخر وهو أنه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا شرطا لقبوله فى الآخر . قلنا : قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا : ألا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الأول أو خلاف جنسه كان صحيحا ، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه ، وهذا يقتصر على العبد الذى باعه ولا يتعدى إلى العقد الثانى . وفى المبسوط : لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الأجنبى فى نصفه . ولو ولدت الجارية عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل ، إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل ، وإن لم تنقصها لايجوز لأنه يحصل به ربح لاعلى ضمانه (قوله ومن اشترى زيتا فى ظرف) صورتها فى الجامع : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد ، وإن كان قال على أن تطرح عنى وزن الظرف فهو جائز ، لأنه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره

الثانى فيفسد عندها وذلك لاشك فى طرده فلا يسرى إلى غيرها . قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد : فإنه شرط مالا يقتضيه العقد ، فإن مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه ، وإن اشترى على أن يزن ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه . قال (ومن اشترى سمنا فى زق الخ) ومن اشترى سمنا فى زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى ، لأن هذا الاختلاف إما أن يعتبر فى تعيين الزق المقبوض أو فى مقدار

(قال المصنف : ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف) أقول : ذكره استطرادى ، فإنه ليس من مسائل البيع الفاسد .

لأنه إن اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا ، وإن اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول قول المشترى لأنه ينكر الزيادة . قال (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمرا أوشرائها ففعل جاز عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا لايجوز : على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير ، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده .

ليخص بالثمن ، بخلاف قوله على أن تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أوخمسين فإن البيع حينئذ فاسد لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، لأن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشترى ، وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط إعطاء الثمن لافى مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع ، والمسئلة بعدها فرع عليها . وهو ما فى الجامع : رجل اشترى من رجل السمن الذى فى هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشترى فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشترى مع يمينه إلا أن يقيم البائع البينة (لأن هذا) الاختلاف (إن اعتبر اختلافا راجعا إلى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ، ولأن البائع يدعى عليه زقا آخر والمشترى ينكر الزيادة ، وإن اختلفا فى قدر السمن المقبوض فمرجعه خلاف فى قدر الثمن (فالقول قول المشترى لأنه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين : إحداهما ما إذا باع عبدين وقبضهما المشترى ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا فى قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتى فى باب التحالف . والثانية أن الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف ، وهنا جعل القول للمشترى على تقدير اعتباره اختلافا فى الثمن . أجيب عن الأول بأنها مع هذه طرد ، فإن كون القول للمشترى لإنكاره الزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة . وعن الثانى بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف فى الثمن قصدا ، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما فى الزق المقبوض أهو هذا أو لا فلا يوجب التحالف (قوله وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أوخنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير فى ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا فى الشراء ، وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان فى ملك المسلم خمر أو خنزير . وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه ، قال صلى الله عليه وسلم « إن الذى حرمها حرم بيعها وأكل ثمنها » وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعى وأحمد رحمهم الله تعالى : لايصح هذا التوكيل . وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعى من هذا التوكيل ، ومن جانبه عدم المانع بالقدح فى مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الأصل .

السمن ، فإن كان الأول فالمشترى قابض (والقول قول القابض ضمينا) كان كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ، وإن كان الثانى فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن (فيكون القول للمشترى لأنه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع يمينه . فإن قيل : الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول إلى الحلف ؟ أجيب بأنه يوجبه إذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه فى ضمن الاختلاف فى الزق . والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائى فى الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر ، وأما الاختلاف بناء على اختلافهما فى الزق فلايوجب اختلافهما فى العقد فلا يوجبه . قال (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أوشرائها ففعل جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل فى الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا : الموكل لايلى هذا التصرف

لهما أن الموكل لايليه فلا يوليه غيره ، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز . ولأبى حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمى فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ، ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه .

لهم أن الموكل لايملك بنفسه فلايملك تولية غيره فيه ، وهذا معنى قول المصنف (الموكل لايليه فغيره لايوليه) بنصب غيره لأنه مفعول مقدم ليوليه ، كما أنه لما لم يملك تزوّج المجوسية لايملك توكيل غيره بتزويجه إياها (ولأن مايثبت للوكيل) من الملك (ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز . ولأبى حنيفة أن الوكيل) فى البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لايلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله ، والمسلم الموكل أهل لأن يثبت له مايثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبرى له فيهما فانتفى المانع الشرعى والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل : منها أن الوكيل بشراء عبد بعينه لايملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه . ومنها أن القاضى لايملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذمى ورجع أمره إلى القاضى ويملك توكيله به ، وكذا الوصى المسلم للذمى لايملك بيع خمره ويملك التوكيل به ، والمريض مرض الموت لايملك البيع بما يتغابن فى مثله إذا كان عليه ديون مستغرقة ، ويجوز من وصيه بعد موته . وكذا لاتبيع الأم عرض الولد ووصيها يبيعه إذا لم يكن من ميراثها . فإن قيل : إن قلت إن تملك المسلم لها يثبت جبرا عن سبب جبرى كالموت سلمناه أو عن سبب اختيارى منعناه ، وهنا كذلك إذ التوكيل إختيارى والملك مترتب عليه إذ لاوجود له فى الشرع . قلنا : نختار الثانى ونمنع أن التوكيل سبب للملك بل الشراء ، وإنما هو اختيارى للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط ، وإنما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها إذ لايلزمه الشراء

فلا يولى غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ، ولأن مايثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ، ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به . وقال أبوحنيفة : المعتبر فى هذا الباب أهليتان : أهلية الوكيل وأهلية الموكل ، فالأولى أهلية العاقد وهى أهلية التصرف فى المأمور به وللنصرانى ذلك ، والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم ؛ ألا ترى إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم إرثا إذا أسلم مورثه النصرانى ومات عن خمر وخنزير . لايقال : الوراثة أمر جبرى والتوكيل اختيارى فأنى يتشابهان ، لأن ثبوت الحكم : أعنى الملك للموكل بعد تحقق العلة : أعنى مباشرة الوكيل جبرى كذلك تثبت بدون اختياره كما فى الموت ؛ ألا ترى أن المأذون له النصرانى إذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق ، وإذا ثبتت الأهليتان لم يمتنع العقد بسبب الإسلام لأنه جالب لاسالب ، ثم الموكل به إن كان خمرا خللها ، وإن كان خنزيرا سيبه ، لكن قالوا : هذه الوكالة مكروهة أشد كراهة ، وقولهما الموكل لايليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه إذا وكل آخر بشرائه لنفسه فإنه يثبت الملك للوكيل الأول وهو بنفسه لايلى الشراء لنفسه وبالقاضى إذا أمر ذميا ببيع خمر أوخنزير خلفه ذمى آخر وهو لايلى التصرف بنفسه ، وبالذمى إذا أوصى لمسلم وقد تركهما فإن الوصى يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لايلى ذلك بنفسه . والقياس على تزويج المجوسى مدفوع ، فإن حقوق

(قال المصنف : كما إذا ورثهما) أقول : وصورة إرثهما بأن كانا لذمى فأسلم فمات قبل التخليل والتسييب فورثهما الوارث (قوله لايقال إلى قوله : لأن ثبوت الحكم) أقول : لأن ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لايقال الوراثة الخ .

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى أو يدبّره أو يكاتبه أوأمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط .

بقى أن يقال: إذا كان حكم هذه الوكالة فى البيع أن لاينتفع بالثمن وفى الشراء أن يسيب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقى تصرفا غير معقب لفائدته ، وكل ما هو كذلك ليس بمشروع . وقد روى عن أبى حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد مايكون من الكراهة وهى ليس إلا كراهة التحريم فأىّ فائدة فى الصحة (قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) قال الطبرانى فى معجمه الوسط: حدثنا عبد الله بن أيوب المقرى، حدثنا محمد بن سليمان الذهلى، حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أباحنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة ، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال: البيع باطل والشرط باطل ، ثم أتيت ابن أبى ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل ، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز ، فقلت: ياسبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا فى مسئلة واحدة ؟ فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدرى ما قالا . حدثنى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل . ثم أتيت ابن أبى ليلى فأخبرته فقال: ما أدرى ما قالا . حدثنى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها قالت: «أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أشترى بريرة فأعتقها» البيع جائز والشرط باطل . ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدرى ما قالا . حدثنى مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضى الله عنه قال: «بعت من النبى صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لى حملانها إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز . وكذا رواه الحاكم فى كتاب علوم الحديث . ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق فى أحكامه وسكت عليه ؛ وقد ظهر من هذا أن فى المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلابد من النظر فيها . فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحمله الشافعى رحمه الله عليه ، واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم ما ردّ فى حديثها إلا الولاء . وذكر الأقطع أنها رواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه ، وحديثها فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت «جاءتنى بريرة فقالت: كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى ، فقلت: إن أحبّ أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لى فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت: إنى عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فأخبرت عائشة رضى الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: خذيها واشترطى لهم الولاء ، فإن الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة» الحديث . وفيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضى بالبيع ، وفيه إبطال قول من منع

العقد فى النكاح ترجع إلى الموكل والوكيل سفير لاغير . قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى) شرع فى بيان الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا لفروع أصحابنا . وتقريره أن الشرط ينقسم أولا إلى ما يقتضيه العقد وهو الذى يفيد مايثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشترى وشرط تسليم الثمن أو المبيع ، وإلى ما لايقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك ، وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفا وإلى ما ليس كذلك ، وهذا ينقسم إلى مافيه منفعة لأحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك ، وهذا ينقسم إلى مافيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه . فنى القسم الأول جاز البيع والشرط يزيده وكادة . لايقال: نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن

ثم جملة المذهب فيه أن يقال : كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى لايفسد العقد لثبوته بدون الشرط ، وكل شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لايبيع المشترى العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس ، ولو كان لايقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لايفسده

بيعه . وقال : إنما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع فى بعض الروايات وهو : إن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك ، وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم قال « إنما الولاء لمن أعتق » ورد اشتراطهم الولاء لأنفسهم والعتق من عائشة رضى الله عنها ، وهذا لا خلاف فيه . ولو قال قائل : إن الشرط إذا كان أمرا لايحل شرعا مثل أن يشترط أن لايقع عتقك إذا أعتقه، يبطل هو دون البيع فإنه لغو لايمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذكر إذا كان خارجا عن طاقة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة . وأما الحنفية فإنما لم يخصوه به لأن العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح ، والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعا . وحديث بريرة مبيح فيحمل على ماقبل النهى لأن القاعدة الأصولية أن مافيه الإباحة منسوخ بما فيه النهى . وأما حديث جابر الذى استدل به ابن شبرمة فلشرط وهو استثناء حملانه لم يقع فى صلب العقد ، كذا قاله الشافعى رحمه الله ، ونحن كذلك نقول مع الوجه الذى ذكرناه من تقديم العام . فإن قلت : كيف قال الشافعى بإفساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من أهل الحديث ؟ قلت : ذلك إذا لم يصرح فيه بجد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص ، وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » ولهذا قال الترمذى : حديث حسن صحيح . وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام فى موطإ مالك بلاغا . وأخرجه الطبرانى من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال : « نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال فى البيع : عن سلف وبيع ، وشرطين فى بيع ، وبيع ما ليس عندك ، وربح مالم يضمن » . ومعنى السلف فى البيع : البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذى شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتى (قوله ثم جملة الأمر فيه) أى فى الشرط (أنه إما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد أو لايقتضيه ، لكن

بيع وشرط وهو بإطلاقه يقتضى عدم جوازه لأنه فى الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق . وفى الأول من القسم الثانى وهو ماكان متعارفا كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك ، لأن الثابت بالعرف قاض على القياس . لايقال : فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه ، لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث ، فلم يبق من الموانع إلا القياس على مالا عرف فيه بجامع كونه شرطا ، والعرف قاض عليه ، وفيما إذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لأن فيه زيادة عارية عن العوض ، لأنهما لما

(قوله لأنه فى الحقيقة الخ) أقول : جواب لقوله لايقال نهى النبى عليه الصلاة والسلام (قوله لأنه معلول الخ) أقول : جواب لقوله لايقال فساد البيع (قوله بجامع كونه شرطا) أقول : مفضيا إلى الزيادة العارية عن العوض ، وفيه بحث .

وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لايبيع المشترى الدابة المبيعة

ثبت تصحيحه شرعا بما لامردّ له كشرط الأجل فى الثمن والمثمن فى السلم وشرط فى الخيار فكذلك هو صحيح بالإجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لايقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضا لما سيأتى ، وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر ، وقبل الكفالة ، أوبأن يرهنه به رهنا معلوما بالإشارة أوالتسمية فهوجائز أيضا على الصحيح خلافا لزفر ، فإن حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهومقرر لمقتضى العقد ولولم يكن الكفيل حاضرا فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز ، فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشارا إليه لايجوز بالاتفاق ؛ لأن وجوب الثمن فى ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشترى فلابد من حضوره العقد ، بخلاف الرهن لايشترط حضرته ، لكن مالم يسلم للبائع لايثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، فإن سلم مضى العقد على ماعقدا ، وإن امتنع عن تسليمه لايجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن ، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع فى الفسخ ، وشرط الحوالة كالكفالة ؛ ولوكان الشرط مما لايقتضيه وليس مما ذكرنا ، فأما مافيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها فى داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد ، وكذا شرط أن لايبيع المشترى العبد لأنه يعجبه أن لاتتداوله الأيدى ، وكذا على أن لا يخرجه من مكة مثلا . وفى الخلاصة : اشترى عبدا على أن يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من فلان لايجوز : أى لايجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالبا ، وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين . ومنه إذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد . أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمى فقد خرج الجواز مما ذكرنا فى المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط فى المزارعة أن لايبيع الآخر نصيبه أويهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل ، لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة ، وكذا ذكر الحسن فى المجرد . قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق

قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا . لايقال : لاتطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لأنه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعوّض عنه بشىء فكان ربا ، ولأنه يقع بسببه المنازعة فى مقصوده فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف فى بيان أسباب الشرائع وفيما إذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط أن لايبيع المشترى العبد المبيع ، فإن العبد يعجبه أن لاتتداوله الأيدى وتمام العقد بالمعقود عليه ، حتى لو زعم أنه حرّ كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين ، وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل ، كشرط أن لايبيع الدابة المبيعة لأنه لامطالب له بهذا الشرط فلا يؤدى إلى الربا ولا إلى المنازعة ، فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب . وفى رواية عن أبى يوسف أنه يبطل البيع به ، نص عليه فى آخر المزارعة لتضرر المشترى به من حيث أنه يتعذر عليه التصرف فى ملكه ، والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لأحد المتعاقدين . والجواب أن المعتبر المطالبة وهى تتوجه بالمنفعة فى الشرط دون الضرر . وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشترى أو يدبّره

(قوله لأنه مال) أقول : جواب لقوله لايقال لاتطلق الخ . وقوله مال : أى فى حكم المال .

لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدى إلى الربا، ولا إلى المنازعة. إذا ثبت هذا فنقول: إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق فى التصرف والتخيير لا الإلزام حتما، والشرط يقتضى ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه، والشافعى رحمه الله وإن كان يخالفنا فى العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ماذكرناه، وتفسير المبيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه.

(انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدى إلى الربا) وما أبطل الشرط الذى فيه المنفعة البيع إلا لأنه يؤدى إليه لأنه زيادة عارية عن العوض فى عقد البيع وهو معنى الربا. ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشترى أو يكاتبه أو يدبره، والشافعى يخالفنا فى شرط العتق فى أحد قوليه فيصححه. ثم إن أعتقه المشترى فذاك وإلا خير البائع فى فسخ العقد ولا يجبر عليه فى قول بعض أصحابه، وفى قول آخرين يجبر. قال المصنف (ويقيسه) للشافعى (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس. وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لأنه نفس المقيس عليه إلا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعى بذلك فنفاه، وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس. قال (والحجة عليه ماذكرناه) يعنى من الحديث والمعنى، وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص

أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشترى فاسد لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه، لأن قضيته الإطلاق فى التصرف والتخيير لا الإلزام، والشرط يقتضى الإلزام حتما، والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما. وقلنا إنه فاسد والفاسد مايكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه؛ فبالنظر إلى وجود ركن العقد كان مشروعا، وبالنظر إلى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا. ولا خلاف فى هذه الجملة بيننا وبين الشافعى إلا فى البيع بشرط العتق فى قول فإنه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة، وفسره فى المبسوط بالبيع بشرط العتق، وفسره المصنف بأن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه، فإن كان تفسيره عند الشافعى ماذكره المصنف صح قوله يقيسه لأنهما غيران فيصح قياس أحدهما على الآخر إن ظهر جامع، وإن كان تفسيره عنده ماذكره فى المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشىء على نفسه. وبيان إلحاقه بالدلالة أن بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة، إذ جاءت إلى عائشة رضى الله عنها تستعينها فى المكاتبة فقالت: إن شئت عددتها لأهلك وأعتقتك، فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها. وإنما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، وغيرها فى معناها فى هذا الشرط فألحق به دلالة، وإنما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لأنها عند الشافعى قياس جلى على ماعرف فى الأصول، والحجة عليه ماذكرناه من الحديث والمعقول. فالحديث « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ». رواه أبوحنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم. والمعقول ماذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد. والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ماذكرناه وليس فيه اشتراط العتق فى العقد. وعائشة رضى الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها لترضى بذلك، فإن بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها. النسمة من نسيم الريح، وسميت بها النفس، وانتصاب

(قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول: كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره (قوله وبيان إلحاقه بالدلالة) أقول: فيه تأمل.

فلو أعتقه المشترى بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما إذا تلف بوجه آخر . ولأبى حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لايلائم العقد على ما ذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشىء بانتهائه يتقرر ، ولهذا لايمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ، فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا .

كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة . وجوابه أن ليس فى حديث بريرة أصلا أن البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها ، وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط فى شىء ولايصلح البيع ممن يظن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ، ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرّضا للعتق ، وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما إذا أعتقت فى مثل قوله صلى الله عليه وسلم « فك الرقبة وأعتق النسمة » فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو أعتقه المشترى الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشترى بهذا الشرط لو أعتقه بعد ما قبضه عتق ، ثم عند أبى حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده ، وعندهما لايعود صحيحا فتلزمه قيمته . وأما لو أعتقه قبل القبض فلا يعتق بالإجماع لأنه لايملكه قبل القبض لفساد البيع . وجه قولهما أنه تلف بعد أن ملكه بالقبض فى بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فإن هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولأبى حنيفة أن شرط العتق) وإن كان (لايلائم العقد على ماذكرناه) يعنى قوله لأن قضية العقد الإطلاق فى التصرف والتخيير إلى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (يلائمه لأنه) أى العتق (منه للملك) الذى هو أثر البيع (والشىء بانتهائه يتقرر) وجوده . والفاسد لاتقرر له فكان صحيحا (ولهذا لايمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) إذا اطلع عليه بعد أن أعتقه ، بخلاف ما إذا تلف بوجه آخر لأنه لايصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهته المفسدة ، ولذا لومات لاينقلب صحيحا لأن بموته لايصير

قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق ، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها فى باب العتق خصوصا فى قوله عليه الصلاة والسلام « فك الرقبة وأعتق النسمة » صارت كأنها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال . كذا فى المغرب . فإن وفى بالشرط وأعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبى حنيفة . وقالا : يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا ، كما إذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع ، وكما إذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشترى بما شرط أو لم يف فإنه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولأبى حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لايلائم العقد على ماذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير الإطلاق (ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والمنهى للشىء مقرر له ؛ ألا ترى أن العتق لايمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر إلى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فإذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز) عملا بالدليلين . وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لاتكاد تنحل ، وهى أن هذا الشرط فى نفسه إما أن يكون فاسدا أو لا ، فإن كان الأول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع ، وإن كان الثانى كان العقد به فى الابتداء جائزا ، وذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم ، فقلنا

قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى درهما أو على أن يهدى له هدية) لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ، ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة فى بيع ، ولو كان لايقابلهما يكون إعارة فى بيع ، وقد نهى النبىّ عليه الصلاة والسلام عن صفقتين فى صفقة .

شرط العتق ملائما وهو المنظور إليه فى إفساد العقد وتصحيحه ، وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائما لايصير به هذا الشرط الذى وقع مفسدا ملائما . وأما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لايصير العقد صحيحا إذا دبره المشترى أو استولدها لأنه لايصير بهشرط التدبير والاستيلاد ملائما لأنه بتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد . وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغى أن يكون العقد صحيحا فى الابتداء عند اشتراطه . أجيب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وإنما يلائمه باعتبار حكمه فعملنا فى الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته ، وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه . ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشترى أو لايطأها فالبيع فاسد عند أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف يجوز فى الأول لأنه ملائم للعقد. قلنا : الملائم له إطلاق الوطء لا إلزامه . وعند محمد يصح فيهما الأول لما لأبى يوسف ، والثانى إن لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لأحد فهو شرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى دراهم أو على أن يهدى له هدية) أو ثوبا على أن يقطعه المشترى قميصا أو قباء فهو فاسد (لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) وقد ورد فى عين بعضها نهى خاص وهو (نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أى قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى فقال (ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن) بأن يعتبر المسمى ثمنا بإزاء المبيع وبإزاء أجرة الخدمة والسكنى (يكون إجارة فى بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة فى بيع . وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين . رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة » أما ثبوته فقد رواه البزار فى مسنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه ورجح وقفه ، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام . وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت ، وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل

بالفساد فى الابتداء عملا بالذات والصورة ، وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ، ولم نعكس لأنا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم ، بخلاف ما إذا أتلفه بوجه آخر فإنه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد ، وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة . فإن الملك لاينتهى بها بيقين لاحتمال القضاء القاضى بجواز بيع المدبّر وأم الولد ، والمكاتب مخيّر فى الإجازة ، والإنهاء إنما يتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال من ملك المشترى إلى ملك غيره كما فى الإعتاق والموت . قال (وكذلك إذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد ، لأنها شروط لايقتضيها العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يستدل بالحديث لأن المراد به هذا المذكور ، وإنما قال على أن يقرضه المشترى درهما احترازا عما إذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضنى فلان الأجنبى ألف درهم فقبله المشترى صح البيع لأنها لم تلزم الأجنبىّ لاضمانا عن المشترى لأنها ليست فى ذمته فيتحملها الكفيل ، ولا زيادة فى الثمن لأنه لم يقل على أنى ضامن ، بخلاف اشتراط

أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى. ورواية ابن حبان للحديث موقوفا «الصفقة فى الصفقتين ربا». تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادرا من تفسير أبى عبيد وأكثر فائدة، فإن كون الثمن على تقدير النقد ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس فى معنى الربا، بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة. واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن بيعتين فى بيعة» ويظهر من كلام بعض من يتكلم فى الحديث ظن أنه معنى الأول وليس كذلك بل هذا أخص منه، فإنه فى خصوص من الصفقات وهو البيع، وفسره الشافعى بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعنى غلامك بكذا، فإذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى. وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى، وقال الترمذى: حسن صحيح، ورواه مالك بلاغا. وفى فتاوى الولوالجى: لو قال بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضنى فلان الأجنبى عشرة دراهم فقبل المشترى ذلك البيع لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبى، لأنه لو لزمه فإما بطريق الضمان عن المشترى أو بطريق الزيادة فى الثمن. لا وجه إلى الأول لأنه ليس فى ذمة المشترى فكيف يتحملها الكفيل، ولا إلى الثانى لأنه لم يقل على أنى ضامن، وإذا لم يلزم الأجنبى لا يفسد البيع ولا خيار للبائع، لأنه لو ثبت إنما يثبت إذا لم يسلم له ماشرط فى البيع على المشترى وقد سلم له ذلك. وفى الفتاوى الصغرى قال: بع عبدك من فلان على أن الثمن علىّ والعبد لفلان، حكى عن أبى الحسن الكرخى أنه يجوز، وهو خلاف ظاهر الرواية. واستبعده أبو بكر الجصاص.

[فروع] باع أمة بشرط أن يطأها المشترى أو أن لا يطأها فسد البيع عند أبى حنيفة فيهما لما ذكر من أن مقتضى العقد الإطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين. وعند أبى يوسف يفسد فى الثانى لما قلنا، ويصح الأول لأن العقد يقتضيه. وعند محمد يصح فيهما. ولو كان فى الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد، وذكر القدورى أنه يفسد، ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كأن اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز. وذكر الإمام قاضيخان العقود التى يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة: قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال. وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد. وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد. وفى الخلاصة: التى تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر: البيع، والقسمة، والإجارة، والإجازة، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، وعزل الوكيل فى رواية شرح الطحاوى، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، والمزارعة، والمعاملة، والإقرار، والوقف فى رواية. وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون: الطلاق، والخلع، ولو بغير مال، والعتق بمال وبلا مال، والرهن، والقرض، والهبة، والصدقة، والوصاية، والشركة، والمضاربة، والقضاء، والإمارة، والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لأبى يوسف، والكفالة، والحوالة، والوكالة، والإقالة، والنسب، والكتابة، وإذن العبد، ودعوة الولد، والصلح عن دم العمد، والجراحة التى فيها القصاص حالا ومؤجلا، وجناية الغصب، والوديعة، والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة، وعقد الذمة، وتعليق الرد بالعيب، وتعليق الرد بخيار الشرط، وعزل القاضى. والنكاح لا يصح تعليقه ولا إضافته

الإقراض على المشترى، ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف» وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم

قال (ومن باع عينا على أن لايسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد) لأن الأجل فى المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الأعيان . قال (ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد) والأصل أن مالايصح إفراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد ، والحمل من هذا القبيل ، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة

لكن لايبطل بالشرط ويبطل الشرط ، وكذا الحجر على المأذون لايبطل الحجر ويبطل الشرط ، وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هى والشرط ، وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى . فالحاصل أن كل ماكان من قبيل التمليكات أو التقييدات لايصح تعليقه ؛ فمن الأول الإقرار والإبراء ، ومن الثانى عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبى يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق . وعند محمد يتعلق لأنه من إطلاق الولاية كالقضاء والإذن والإيصاء والوكالة ، وإن جعل الوكالة فى شرح الطحاوى من قبيل التمليكات بل هى بالولايات أشبه (قوله ومن باع عينا على أن لايسلمه) إياها (إلى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن الأجل فى المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون) لأنها ليست معينة فى البيع فيحصل بالأجل الترفيه ، بخلاف المبيع العين فإنه معين حاضر فلا فائدة فى إلزامه تأخير تسليمه إذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون إضرارا بالبائع من غير نفع للمشترى (قوله ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع ، والأصل) الممهد لتعريف مايصح استثناؤه من العقد ، وما لايصح استثناؤه هو (أن مالايصح إفراده بالعقد) ابتداء (لايصح استثناؤه من العقد) وما يصح يصح ومما لايصح إفراده بالعقد فلا يصح استثناؤه ، هذا وهو كون الحمل لايصح إفراده بالعقد (لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة) كرجل الشاة وأليتها حتى أنه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تفرد بالعقد إجماعا . ومن فروعه بعتك هذه الصبرة إلاقفيزا منها بكذا يجوز لأن إفراد قفيز منها بالبيع يجوز ، ولو قال بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة بألف لايجوز لأنه لايجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها ، بخلاف مالو استثنى هذه الشاة فإنه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز لجواز إفرادها بالعقد ، وكذا الحال

صفقتين فى صفقة كما ذكره فى المتن . قال (ومن باع عينا على أن لايسلمها إلى رأس الشهر الخ) الأجل فى المبيع العين باطل لإفضائه إلى تحصيل الحاصل فإنه شرع ترفيها فى تحصيله باتساع المدة ، فإذا كان المبيع أو الثمن حاصلا كان الأجل لتحصيل الحاصل ، وإنما قيد بالعين احترازا عن السلم فإن ترك أجل فيه مفسد للحاجة إلى التحصيل . قال (ومن اشترى جارية إلاحملها الخ) . ذكر فى هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام : الأول مافسد فيه العقد والاستثناء . والثانى ماصح فيه العقد وبطل الاستثناء . والثالث ماصح فيه كلاهما . أما الأول فكالبيع والإجارة والكتابة والرهن ، فإذا باع جارية إلا حملها أو آجر داره على جارية إلا حملها أو رهن جارية إلاحملها أو كاتب عبده على جارية إلا حملها فسد العقد لأنها عقود تبطل بالشروط الفاسدة ، لأن غير البيع فى معناه من حيث أنها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم ، فكذا ما فى معناه ، والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها ، وذلك لما ذكره من الأصل فيه أن مالايصح إفراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد ، والحمل من هذا القبيل وقد تقدم فى أول البيوع ، وهذا لأن الحمل بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الأصل يتناوله ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد

(قال المصنف : لأن الأجل فى المبيع العين باطل) أقول : قيد المبيع به احترازا عن المسلم فيه فإنه مبيع دين ، ويصح الأجل فيه بالنص .

وبيع الأصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطا فاسدا ، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة . والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، غير أن المفسد فى الكتابة مايتمكن فى صلب العقد منها ، والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لاتبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لاتبطل بالشروط الفاسدة ، وكذا الوصية لاتبطل به ، لكن يصح الاستثناء

فى كل عددى متفاوت . ومنه ما إذا باع حيوانا واستثنى ما فى بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل . وأما أنّ مالايفرد بالعقد لايجوز استثناؤه فلأن الاستثناء إنما يخرج بعض ماتناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لايتناولها اسم الدار فلا تستثنى . وأما قول المصنف (بيع الأصل يتناولهما) أى الأصل والتبع (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لأن الاستثناء ليس إلا إخراجا من حكم الصدر وحكمه هو موجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء ، وإصلاحه أن يريد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب : أى طريق الاستثناء ومهيعه لاحقيقة موجبه وذلك لايجوز ، وإذا لم يصح الاستثناء بقى (شرطا فاسدا) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال : تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة أثر المشابهة، وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات، إلا أن المفسد فى الكتابة شرط فاسد تمكن فى صلب العقد ، وهو مايقوم به العقد مثل أن يكاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد فى صلب العقد بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الكائن فى صلب العقد وغيره . وإنما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الإعتاق والنكاح من حيث إن أحب البدلين ليس بمال فى حق نفسه . وكونه معاوضة إنما هو بالنسبة إلى السيد فى الانتهاء وكان له شبهان : شبه بالبيع ، وشبه بما ليس بمعاوضة ، فيفسد بالمفسد القوى وهو مايتحقق فى صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ، ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح ، وهما لايفسدان مطلقا بالشرط الكائن فى صلب العقد ولا فى غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلايبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط (فلا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية إلا

على أن الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا (قوله غير أن المفسد فى الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، ومعناه أن الشرط الفاسد فى الكتابة إنما يكون مفسدا لها إذا كان متمكنا فى صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل فى البدل . وأما إذا لم يكن فى صلبه كما إذا شرط على المكاتب أن لايخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لأنه مال فى حق المولى ولا تصح إلا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال فى حق نفسه ، ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه . و أما الثانى فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنها لاتبطل بالشروط الفاسدة لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا ، وذلك لايتحقق إلا فى المعاوضات ، وهذه تبرعات وإسقاطات والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لايفسدها ، فإنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء . وأما الثالث فكالوصية إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فإنه يصح ، والجارية وصية والحمل ميراث . أما عدم بطلان الوصية فلأنها ليست من

حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن ، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لايجرى فيها .

حملها ، أو تزوجت على هذه الجارية أواخلعنى عليها إلا حملها ، أواجعلها بدل الصلح إلا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ، ويدخل الحمل والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات ، لكن عرف بالنص أنها لاتبطل بالشرط الفاسد، لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود المعمر فتصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر . وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فى الحمل ، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية إلا خدمتها أو إلا غلتها حيث لايصح الاستثناء (لأن الميراث لايجرى فى الخدمة) والغلة بانفرادها، حتى لو أوصى بخدمة الجارية أو غلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لاترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل يعود إلى ورثة الموصى ، بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريته لآخر حيث يصح ويكون حملها له . وأورد على الأصل أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناؤها . أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الإجارة ولم يلزم كل ما لايصح ثمنا لايصح أجرة ، وبأن الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصى والعقد بعد الموت لايصح فلا يرد نقضا .

[فروع] باع صبرة بمائة إلا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ؛ ولو قال على أن عشرها لى فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا لما روى عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما . وعن أبى يوسف: لوقال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لى أو ولى هذه فسد ؛ ولو قال إلا هذه كان مابقى بمائة ، ولو قال ولى نصفها كان النصف بخمسين ، ولو قال بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز فى كله بألف وخمسمائة لأن المعنى باع نصفه بألف لأنه الباقى بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة . ولو قال على أن لى نصفه بثلاثمائة أومائة دينار فسد لإدخال صفقة فى صفقة . ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لى طريقا إلى

المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد . وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن لأنه عين ، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لايجرى فيها لأنها ليست بعين ، وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور . واعترض على قوله الأصل فيه أن مالايصح إفراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن مايصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه . والخدمة فى الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناؤه . وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ؛ ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد ؛ ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصى ويدخل الموصى به فى ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا . ولقائل أن يقول : اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الأصل المذكور فى الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء فى الحمل صحيحا لصحة إفراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك فى الوصية بالجارية ، واستثناء الخدمة مع صحة إفراده بالعقد ، فما الفرق بينهما ؟ والجواب أنا مامنعنا العكس وجوبا ، وإنما منعنا لزومه . والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضى بقاء

(قوله والميراث يجرى) أقول : إن أراد أنه يجرى فيه تبعا لأمه فلا يفيده ، وإن أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر أنه ليس كذلك فليتأمل فى دفعه .

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على مامر (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه : ماذكره جواب القياس ، ووجهه ما بينا . وفي الاستحسان : يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب ،

داري هذه الداخلة فسد البيع ؛ ولو قال إلا طريقا إلى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ؛ ولو باع بيتا على أن لاطريق للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز ؛ ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا له يردّ ؛ ولو باعه بألف دينار إلا درهما أو إلا ثوبا أو إلا كرّ حنطة أو هذه الشياه إلا واحدة لايجوز . ولو كانت بعينها جاز ؛ ولو باع دارا على أن لابناء فيها فإذا فيها بناء البيع فاسد لأنه يحتاج إلى نقض البناء ؛ ولو باعها على أن بناءها من آجرّ فإذا هو لبن فهو فاسد بناء على أنهما جنسان ، كما لوباعه ثوبا على أنه هروى فظهر بلخيا : ولو باع الأرض على أن فيها بناء فإذا لابناء فيها ، وكذا إذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار . وكذا لوباع بعلوها وسفلها فظهر أن لاعلو لها . ومثله لو اشترى بأجذاعها (قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) بإجماع الأئمة الأربعة (لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين في صفقة على مامر) من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هنا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط إجازة في بيع ، وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير ؛ وعلى تقدير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع) المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله . ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها : أي أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ، ومنه حذوت النعل بالنعل : أي قدرته بمثال قطعته ، ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ، ولا معنى لأن يشترى أديما على أن يجعل له شراكا فلابد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد . قال) المصنف رحمه الله (ماذكره) يعني القدوري (جواب القياس ؛ ووجهه مابيناه) من أنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين (وفي الاستحسان : يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ؛ ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه : أي على أن يسمر له سيرا (وصار كصبغ الثوب) مقتضى القياس

المستثنى لوارث الموصى ، فما صلح أن يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه . قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده ، قال هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكأنهما سواء ، يشير إليه قوله على مامر وقيل قال هناك صفقتين لأن فيه احتمال الإجارة والعارية هاهنا صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية . قال (ومن اشترى نعلا) حذا النعل بالمثال قطعها به فهي تسمية الشيء باسم مايئول إليه إذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال ، وشرّك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم : فمن اشترى صرما واشترط أن يحذوه أو نعلا على أن يشركها البائع فالبيع فاسد في القياس . ووجهه مابيناه أنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين . وفي الاستحسان : يجوز للتعامل ، والتعامل قاض على القياس لكونه إجماعا فعليا كصبغ الثوب ، فإن القياس لايجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لأن الإجارة عقد على المنافع

(قال المصنف : ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو يشركها فالبيع فاسد) أقول : أراد بالنعل الصرم ، تسمية للشيء باسم ما يئول إليه ، كذا في شرح الكاكي ، وضمير يشركها للنعل بمعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام .

وللتعامل جوّزنا الاستصناع . قال (والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل) وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة

منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوّز للتعامل. ومثله إجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل ، لكن في الفوائد المستحق بالإجارة فعل الصبغ والحضانة في استئجار الصباغ والظئر واللبن آلة فعلهما (وللتعامل جوّزنا الاستصناع) مع أنه بيع المعدوم ، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن لها البائع بطانة من عنده ، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا ، وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا . ذكر هشام عن محمد: اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع . وعن الشافعي قولان . وأصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . وقال بعض أصحابه : القولان في غير الآدمي ، أما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا . ذكر هشام عن محمد : اشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشترى يريدها للظئورة فيفسد . ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشترى علم ذلك بل شرطه ، وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به . وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة . ولو وجد من المشترى يفسد لأنه ذكره على وجه اشتراط الزيادة . ولو اشترى سمسما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا هنا أو يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي. ولو شرط في الشاة أنها حلوب أو لبون لم يذكره محمد ، واختلف فيه ؛ فالكرخي يفسد ، والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لأنه مرغوب فيه . والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا إلى غاية كذا . ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ . وقال محمد : كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع إذا شرط على أجنبي فهو باطل ، وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به إذا شرط على أجنبي فهو جائز ، ويخيّر المشترى كالبيع بمائة على أن يحط فلان الأجنبي عشرة جاز البيع ، ويخيّر المشترى إن شاء أخذه بمائة وإن شاء ترك . وعن أبي يوسف : لو اشترى على أن يهب البائع للمشترى أو لفلان الأجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد . وفي المنتقى خلافه فيما إذا كانت الهبة من المشترى . قال : لو اشترى على أن يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن ، لأن حاصل هذا حطيطة مشترطة ومآلها إلى الشراء بالثمن الأنقص . ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز . ولو باع عبدين على أنه شريك المشترى في نصف هذا فسد . ولو قال نصفيهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال أنا شريكك في نصفه ، ومقتضى النظر أن يجوز الأول أيضا لأنه في الحاصل بيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك . ولو باع هذا بألف إلا نصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع إلى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرّب ، وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال : كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يبتهجون به . والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان ، وقيل هما عيدان للمجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع ، لأن

لا الأعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع (والبيع إلى النيروز) معرّب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهركان يوم في طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الأجل) المفضية إلى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة أي المجادلة في النقصان ، والمماكسة موجودة في المبايعة

إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما ، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه . قال (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج) ، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر . ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز ، لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها ،

مجرد تأجيل المبيع مفسد ، ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الأجل . وبقوله (إذا لم يعرف إلى آخره أن الفساد) بالتأجيل إلى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين . فلو كانا يعلمان ذلك صح . قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر فى أن ابتداء صومهم غير معلوم . والحاصل أن المفسد الجهالة، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز . ولذا قال (أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم لأن مدة صومهم بالأيام وهى معلومة) وهى خمسة وخمسون يوما . واعلم أن كون التأجيل فى الثمن يصح إذا كان الأجل معلوما هو فى الثمن الدين ، أما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالأجل فيه للمعنى الذى ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن يسلمه إلى رأس الشهر . وقوله (لابتنائها على المماكسة) المماكسة : استنقاص الثمن ، والمكس والمكاس فى معناه وهو موجود فى البيع عادة وهو يوجب المنازعة ، فكانت المنازعة ثابتة فى البيع لوجود موجبها فى الجملة . وعند جهالة وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك . وحقيقة هذا يصلح تعليلا لقولنا لايحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة ، بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو للعنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر ، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسر قبلها (والجزاز) أى جز صوف الغنم (لأنها تتقدم وتتأخر) وذكر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز ، لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وإزالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة ، وكل جهالة يسيرة متحملة فى الكفالة لأنها عقد تبرع مبنى على المسامحة فهذه متحملة فيها . وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة فى موضع لايدل على أن يكون التأجيل إلى هذه الأوقات المجهولة متحملا ؛ ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لايصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبى عن هذا المحل . ثم أجاب بأن الأصح صحة هذه الآجال فى الصداق خلافا لقول البعض إنها لايصح تأجيل الصداق إليها . وإنما يرد هذا إذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة فى الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر . وقوله (لاختلاف الصحابة)

إلى هذا الأجل فتكون الجهالة فيه مفضية إلى النزاع ومثلها يفسد البيع (وإن كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم) جاز (لأن مدة صومهم بالأيام معلومة) وهى خمسون يوما فلاجهالة . قال (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج الخ) الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع ، والدياس أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشىء بالقدم ، والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة ، والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع إلى وقت قدوم الحاج وإلى هذه الأوقات غير جائز للجهالة المفضية إلى النزاع بتقدم هذه الأوقات وتأخرها ، والكفالة إلى هذه الأوقات جائزة (لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة ؛ ألا ترى أنها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن يكفل بما ذاب على فلان ففى وصفه أولى) لكون الأصل أقوى من الوصف (وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيها)

ولأنه معلوم الأصل ؛ ألا يرى أنها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف أولى ، بخلاف البيع فإنه لايحتملها فى أصل الثمن ، فكذا فى وصفه ، بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز ؛ لأن هذا تأجيل فى الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ، ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه

أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة ، فإن من الصحابة من أجازه كعائشة رضى الله عنها أجازت البيع إلى العطاء . وابن عباس منعه وبه أخذنا . ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا فى عدم الصحة معها ؛ وقد قالوا : إن العطاء كان لايتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلا إذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين فى ميعادهم فى صرفه ، وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل إليه الآن . فإن صح هذا فكيف يتصوّر من ابن عباس خلافه . والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فأهدرته عائشة واعتبره ابن عباس . ثم قيل : اليسيرة مايكون الموجب للجهالة التردد فى التقدم والتأخر ، والفاحشة هى مايكون التردد فى نفس الوجود كهبوب الريح . وقوله (ولأنه معلوم الأصل) أى ولأن الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لأنه للكفالة إذ يستلزم دينا : يعنى الأصل وهو الدين معلوم والجهالة فى وصفه وهو كونه مؤجلا إلى كذا الذى قد يتقدم ويتأخر . وقوله (ألا يرى إلى آخره) ابتداء لاتعليل لقوله لأنه معلوم الأصل ، وحاصله أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة فى مثلها ، وبأن الدين المكفول به معلوم الأصل فلم تبق جهالة إلا فى الوصف ، وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع إلى أولوية صحة هذه الآجال فى الكفالة بأن بعض الكفالة تحتمل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلأن يتحمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فإنه لايحتملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه) فاتجه عليه أن يقال : لايلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه ، وهو أخف لأن الأصل أقوى . أجيب بأن الاشتراك فى العلة يوجبه فى الحكم ، وعلة عدم تحملها فى الأصل الإفضاء إلى المنازعة وهو موجود فى جهالة الوصف ، ثم أفاد أن ماذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو إذا ذكرت فى أصل العقد ، أما إذا عقده بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقا) أى عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحا (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات) فإنه يجوز . فالتأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لأنه حينئذ تأجيل دين من الديون ، بخلافه فى صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد ، وقبول هذه الآجال شرط فاسد ؛ (قوله ولو باع إلى هذه

فعائشة رضى الله عنها كانت تجـيز البيع إلى العطاء وإن احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة ، وابن عباس رضى الله عنهما منعه ونحن أخذنا بقوله ، وهذا قد يشير إلى أن الجهالة اليسيرة ماكانت فى التقدم والتأخر ، والفاحشة ماكانت فى الوجود كهبوب الريح مثلا ، والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة فى أصل الثمن لم يكن محتملا لها فى وصفه . وردّ بأنه لايلزم من عدم تحمل أصل الثمن عدم تحمل وصفه لأن الأصل أقوى إذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه . وأجيب بأن المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو إفضاؤها إلى النزاع وهو موجود فى جهالة الوصف فيمنعه . وإذا باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتنائه على المماكسة ، ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لأنه يفسد بالشرط الفاسد) ولو باع إلى هذه

الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا . وقال زفر رحمه الله : لايجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كإسقاط الأجل فى النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد لأن الفساد فى صلب العقد ،

الآجال ثم تراضيا على إسقاط الأجل) قبل أن يجيء بأن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس فى الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال (وقال زفر : لايجوز) وتقييده بهذه الآجال لإخراج نحو التأجيل بهبوب الريح ونزول المطر ، فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لايعود صحيحا اتفاقا . وجه قوله إن العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كإسقاط الأجل فى النكاح إلى أجل) وكالإشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لاينقلب جائزا ، وبيع الدرهم بالدرهمين إذا سقطا الدرهم لايعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس فى صلب العقد بل فى اعتبار أمر خارج هو الأجل ، وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضى ، فإذا زال المانع قبل وجود مايقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا ، بخلاف ماقاس عليه من الإشهاد المتأخر . فإن عدم الإشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسدا لعدم الشرط لايعود ذلك بعينه صحيحا ، مثلا : إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لاتصير تلك الصلاة صحيحة ، وإنما نظير مانحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة ، وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له فى الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لاينقلب عقدا آخر فلا يصح إسقاط الدرهم (لأن الفساد فى صلب العقد) والذى يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا سقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع

الآجال) أعنى النيروز والمهرجان إلى آخر ماذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزا ، خلافا لزفر رحمه الله . وهو يقول : انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كإسقاط الأجل فى النكاح : يعنى على أصلكم . وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم فى النكاح ، وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ماينبغى ، وقد قررناه فى التقرير وقلنا الفساد للمنازعة ، والمنازعة إنما تتحقق عند حلول الأجل ، فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا . فإن قيل : الجهالة تقررت فى ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد . أجاب بأن هذه الجهالة فى شرط زائد وهو الأجل لا فى صلب العقد فيمكن إسقاطه ، بخلاف ماذكرت فإن الفساد فيه فى صلب العقد . واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لاينقلب جائزا وليس الفساد فى صلب العقد ، فإذا باع إلى أن يهب الريح ثم أسقط الأجل لاينقلب جائزا . وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوى كما لو كان فى صلب العقد ؛ ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة ، وعن الثانى بأن هبوب الريح ليس بأجل لأن الأجل مايكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه

(قال المصنف : وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) أقول : لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية (قال المصنف : ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره ، وهذه الجهالة فى شرط زائد لافى صلب العقد فيمكن إسقاطه) أقول : يعنى على أصلكم ، أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز ، والشرط باطل كما مر فى النكاح .

وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح . وقوله فى الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. قال (ومن جمع بين حرّ وعبد أوشاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله : إن سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد والشاة الذكية (وإن جمع بين عبد ومدبّر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة . وقال زفر رحمه الله : فسد فيهما . ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبّر له الاعتبار بالفصل الأول ، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل .

وانقلابه صحيحا فى آخر الصرف . اللهم إلا أن يقال . هو تبع للألف الثمن فى بيع المسلم . بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد إذ لامستتبع هناك : هذا وإلحاق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام فإنه يجيز النكاح الموقت . ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله فى الكتاب تراضيا) أى قول القدورى فى مختصره (قوله ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله : إن سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد) بما سمى له وكذا فى الذكية . وإذا لم يسم بطل بالإجماع . وبقول أبى حنيفة قال مالك، وعن الشافعى وأحمد كل من القولين . وعلى الخلاف ما إذا باع دنين خلا فإذا أحدهما خمر (ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع فى العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة. وقال زفر فسد فيهما . ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبّر وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لايبطل البيع فى الآخر (لزفر الاعتبار بالفصل الأول) وهو ما إذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع أنه باع ما لايصح بيعه مع مايصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالإضافة إلى المجموع إذ يصدق أن الكل من حيث هو كل

(قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح . وتقريره أنا قد قلنا إن العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرير المفسد ، ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر ، والنكاح إلى أجل متعة وهى عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا (قوله فى الكتاب) أى القدورى ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه . قال (ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة الخ) إذا جمع فى البيع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعنى سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد : إن سمى لكل واحد ثمنا مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز العقد فى العبد والذكية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد فى العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر رحمه الله فيهما) أى فى العبد والمدبر . أو فى الجمعين جميعا (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر . فإن قيل : متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر . أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى . ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه . حتى أن القاضى إذا قضى بحله لاينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحرّ والعبد فى البيع (لزفر الاعتبار بالفصل) الأول : يعنى بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية فى حق الجميع . ولأبى يوسف ومحمد : إذا سمى لكل ثمنا أن الفساد بقدر المفسد إذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد فى الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما إذا جمع بين الأجنبية وأخته فى عقد النكاح ، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأن ثمن العبد مجهول .

ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن ، كمن جمع بين الأجنبية وأخته فى النكاح ، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لأنه مجهول . ولأبى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الحرّ لايدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول فى الحرّ شرطا للبيع فى العبد وهذا شرط فاسد ، بخلاف النكاح لأنه لايبطل بالشروط الفاسدة ، وأما البيع فى هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ فى عبد الغير بإجازته ، وفى المكاتب برضاه فى الأصح ، وفى المدبّر بقضاء القاضى ، وكذا فى أم الولد عند

ليس بمال (ولهما) فى الأول (أن الفساد لايتعدى) محل المفسد ، وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى إلى غيره لأنه حينئذ بلاموجب ، لأن كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن ؛ ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقى العقد فى الآخر لو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية فى عقد النكاح ، بخلاف ما إذا لم يسمّ ثمن كل منهما لأن الفساد حينئذ فى القن لجهالة ثمنه (ولأبى حنيفة وهوالفرق بين الفصلين) أعنى الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبّر والعبد (أن الحرّ لايدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة) بدليل أنه ليس للقابل أن يقبل فى أحدهما بعد جعل قبول العقد فى كل شرطا فى بيعه الآخر فقد شرط فى قبول العقد قبوله فى الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لايبطل بالشرط الفاسد ، أما بيع هؤلاء فموقوف) على القضاء فى المدبّر ورضا المكاتب فى الأصح خلافا لما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف وإجازة ذلك الغير (فقد دخلوا فى العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين فى أم الولد

ولأبى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن أن الحرّ لايدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشترى لا يملك قبول العقد فى أحدهما دون الآخر ، وإذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا ، وفيه نظر . أما أوّلا فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد فى الحر شرطا للبيع فى العبد . وأما ثانيا فلأن الشرط الفاسد هو مايكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أوالمعقود عليه حتى يكون فى معنى الربا ، وليس فى قبول العقد فى الحر منفعة لأحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا . وأما ثالثا فلأن قبول العقد فى الحر إنما يكون شرطا لقبول العقد فى العبد إذا صح الإيجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد فى أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر . وأجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة فى مثله إذا لم يكرر البيع أو الشراء ، وقد تقدم فى أول البيوع . وعن الثانى بأن فى قبول العقد فى الحر منفعة للبائع ، فإنه إذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل فكأنه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم إلىّ خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض فى البيع وهو الربا . وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه ، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لايبطل بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع . وقوله أما البيع فى هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لايدخل تحت العقد ، وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فإنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فإنها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا لقوله موقوف ، فإن البيع فى عبد الغير موقوف على إجازته ، وفى المكاتب على رضاه فى أصح الروايتين ، وفى المدبر على قضاء القاضى ، وكذا إذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد بناء

أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله ؛ إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء ، كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ، وهذا لايكون شرط القبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لايشترط بيان ثمن كل واحد فيه .

أيضا فدخلت أيضا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف (إلا أن المالك) أى مالك العبد المضموم إلى عبد البائع باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله ، وهذا فى أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد . وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لايقوى لرفع خلاف الصحابة . وعند محمد نعم ، فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا إلى الخلاف . وعنده لانظرا إلى الإجماع وارتفاع الخلاف ؛ مع أن قول عبيدة لعلى رضى الله عنه لما قال بدا لى رأى أنهن يبعن فقال رأيك فى الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك ، ظاهر فى أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم إلا عليا . وقد ذكر الكرخى رجوع أبى يوسف فى مسئلة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجىء فى الصرف ، فاستدلوا به على رجوعه فى هذه المسائل إذ الفرق بينهما لايتضح ، كذا فى المبسوط . قيل ينبغى أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبى حنيفة لضعف الفساد فى متروكها للاجتهاد . أجيب بالفرق بأنه لايحل بالقضاء ، ويصح بيع المدبر به ، والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص . هذا ، وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف فى تعدد الصفقة واتحادها ؛ فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله . وعنده لايحصل بذلك التعدد بل لابد مع ذلك من تكرار لفظ البيع . وما فى الأخيره أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقى كانت الصفقة متحدة هو على قول أبى حنيفة . وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لايصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا ، أجيب بمنع اشتراط النفع فى إفساد الشرط أولا وليس بشىء ، ثم لو سلم ففيه نفع لأن فى قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا . وقوله (وكان هذا) يعنى رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعنى دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لايصح ، وإذا خرجوا بعد دخولهم لايكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده وتجب حصة الآخر من الثمن ؛ وإذا كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد فى غير المبيع .

على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ ، وعندهما لايرفع فيكون القضاء فى فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك فى أصول الفقه . فإن قيل : كيف يصح قوله موقوف وقد قال فى أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل ؟ فالجواب أنه باطل إذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضى بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ، ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية ، فإن الإجازة وقضاء القاضى لاينفذ فى غير محله ، وإذا نفذ هاهنا عرفنا المحلية فيها ولامحل للبيع إلا بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا فى العقد فكان الواجب أن لايكون العقد فيهم فاسدا ؛ إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء استحقاقهم أنفسهم ردوا البيع ؛ وهذا أى الرد بالاستحقاق لايكون إلا فى البقاء ، فكان كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقى العقد فى الباقى بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة ، وهذا أى الجمع بين القن وأحد المذكورين لايكون شرطا للقبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم فى المبيع ، ولهذا لايشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه : أى فيما إذا جمع بين القن والمدبر .

(فصل فى أحكامه)

(وإذا قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته)

[فروع] فى الكافى جمع بين وقف وملك وأطلق صح فى الملك فى الأصح . وقال الحلوانى : يفسد فيهما ثم رجع وقال : جاز فى الملك كما فى العبد والمدبّر . ولو باع كرما فيه مسجد قديم، إن كان عامرا يفسد البيع وإلا لا . وكذا فى المقبرة . ولو اشترى دارا فيه طريق للعامة لايفسد البيع والطريق عيب . ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ، إن شاء أمسكها بحصتها ، وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطا بها، وإن كان متميزا لزمه الدار بحصتها . ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود . وفى المنتقى : إذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع . والمسجد الخاص كالطريق المعلوم . ولو كان مسجد جماعة فسد البيع فى الكل . وفى بعض النسخ : ولو كان مسجد جامع فسد فى الكل ، وكذا لو كان مهدوما أو أرضا ساحة لابناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا فى المجتبى . والظاهر أن هذا متفرع على قول أبى يوسف فى المسجد ، إلا إن كان من ريعه معلوم يعاد به . ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع .

(فصل فى أحكامه)

قال (وإذا قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع) صريحا أو دلالة كما سيأتى (وفى العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن مافيه من الصحيح لايملك بالقبض فكيف بالفاسد ، ولا يخفى أن لزوم القيمة عينا إنما هو بعد هلاك المبيع فى يده ، أما مع قيامه فى يده فالواجب

(فصل فى أحكامه)

وإذا قبض المشترى المبيع . لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه . والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير مامر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف ، وعند الشافعى إلى صحيح وباطل لاغير (وإذا قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع) يعنى بإذنه (وفى العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الأحكام عليه ، وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لايفيد شيئا وإن اتصل به القبض و أمر البائع : يعنى به الإذن فى القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة ، والمعنى بدلالة الإذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع ، فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقا ، وقيد أن يكون فى العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها . وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون المبيع فى البيع الفاسد

(فصل فى أحكامه)

(قوله والبيع عندنا الخ) أقول : أى ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير مامر) أقول : فى أول البيع (قوله بخلاف الصريح) أقول : هنا نوع مسامحة (قوله وقيد أن يكون فى العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها) أقول : ذكره بعد ورقة تخمينا ، وهو قوله وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع الخ .

وقال الشافعي رحمه الله : لايملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن النهى نسخ للمشروعية للتضاد، ولهذا لايفيده قبض القبض ، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم . ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء فى الأهلية والمحلية . وركنه : مبادلة المال بالمال ، وفيه الكلام

رده بعينه (وقال الشافعي : لايملكه وإن قبض لأنه) أى البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن النهى نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهى ، والمراد أن النهى يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أى كونه غير مشروع (لايفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعا لثبت قبله كما فى البيع الصحيح (وصار كما إذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) فإن الاتفاق على أنه لايفيد الملك فى الوجهين وما ذاك إلا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا أن ركن العقد صدر من أهله فى محله ، ولا خفاء فى الأهلية ولا فى المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أى الكلام مفروض فيما إذا كان فى العقد عوضان هما مالان . قوله (نعمة) الملك لاتنال بالمحظور . قلنا : ممنوع ، بل ماوضعه الشرع سببا لحكم إذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأثمه . أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلا فى كل سبب شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلانى إذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به . وقوله النهى نسخ للمشروعية : يعنى يفيد انتفاءها مع الوصف، فنقول : ماتريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لايفيد حكمه ؟ إن أردت الأول سلمناه ومتعنا أنه مع ذلك لايفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهى كما أريناك من الشرع ، وإن أردت الثانى فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل . لايقال فلا فائدة للنهى حينئذ لأن فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع النهى فإنه للتحريم أو لكراهة التحريم إذا كان ظنى الثبوت ، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد

مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله : القبض فى البيع الفاسد لايفيد الملك لأنه محظور) والمحظور (لاتنال به نعمة الملك) لأن المناسبة بين الأسباب والمسببات لابد منها ولأن النهى نسخ للمشروعية للتضاد) بين النهى والمشروعية إذ النهى يقتضى القبح والمشروعية تقتضى الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لايفيد حكما شرعيا (ولهذا لايفيده قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدراهم) أو الدنانير أو بالميتة وقبضها المشترى فإنه لايفيد الملك . ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله ، لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضى صدر من أهله ، إذ الكلام فى أن لاخلل فى العاقدين مضافا إلى محله كذلك ،

(قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول : فى أوائل البيع الفاسد (قال المصنف : ولأن النهى نسخ المشروعية) أقول : جوابه وبالله العون إن أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهى عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهى والمشروعية بهذا المعنى ، كيف وهو أول المسئلة ، وإن أراد بها المأذونية شرعا فسلم ، ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعا انتفاء ترتب الأحكام فليتأمل (قوله أو بالميتة) أقول : ظاهر عطف على بالدرهم فلا يوافق المتن ، إذ لاتخصيص فيه للميتة بجعله ثمنا للخمر بل عام (قوله ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول : لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلازم بين كلاميه فليتأمل (قال المصنف : وركنه مبادلة المال بالمال) أقول : يعنى حقيقته ، وإلا فركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك (قال المصنف : وفيه الكلام) أقول : أى الكلام مفروض فيما إذا كان فى العقد عوضان هما مالان .

والنهى يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع ، وبه تنال نعمة الملك . وإنما المحظور مايجاوره كما فى البيع وقت النداء .

والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسمينا مالايفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا أخذا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ، ولاخفاء فى حسن هذا التقرير إن شاء الله تعالى وكفايته . وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهى يقرر المشروعية لاقتضائه التصور) يريدون أن النهى عن الأمر الشرعى يقرر مشروعيته لأن النهى عن الشيء يقتضى تصور المنهى عنه وإلا لم يكن للنهى فائدة فليس بذاك لأن كونه يقتضى تصور المنهى عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهى لايفيد ، فإنه إذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع . وإن أرادوا تصوّره شرعيا : أى مأذونا فيه شرعا فممنوع ، وإن قالوا نريد تصوّره مشروعا بأصله لامع هذا الوصف الذى هو مثير النهى . قلنا سلمناه ولكن الثابت فى صورة النهى هوالمقرون بالوصف فهو غير مشروع معه . والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلافائدة فى هذا الكلام أصلا إذ نسلم أنه مشروع بأصله : أعنى مالم يقرن بالوصف وهو مفقود فلايجدى شيئا ، وحينئذ فقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ماتريد بنفس البيع الذى ليس فيه الوصف الذى هو متعلق النهى أو مافيه ؟ إن قلت : الذى ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذى ليس كذلك وهو مافيه الوصف المثير للنهى فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع أن السبب إذا كان مع النهى لايفيد الملك إلى آخر ماذكرنا . وأما (قوله وإنما المحظور مايجاوره كما فى البيع وقت النداء) فالمراد أن يجمع بين مانحن فيه وبين البيع وقت النداء فى ثبوت الملك عند عدم كون النهى لعين المنهى عنه كما إذا كان مع عدم ثبوت الركن وإلا فالنهى للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر ، والنهى للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر . هذا إلا أنى أقول وبالله التوفيق مع ذلك : إن الخمر والخنزير ليسا بمال فى شريعتنا ، فإن الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع أنها مقصودة

وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده . لايقال قد يكون النهى مانعا عن ذلك ، لأن النهى يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهى عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتى به فيعاقب عليه . فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ، لكن لابد فيه من قبح مقتضى النهى فجعلناه فى وصفه مجاورا كما فى البيع وقت النداء عملا بالوجهين ، وقد قررنا هذا فى التقرير على وجه أتم . واعترض بأن المحظور فى البيع وقت النداء مجاور ، وأما فى المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما فى البيع وقت النداء صحيحا ، وأيضا الحكم هناك الكراهة وفى المتنازع فيه الفساد . وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى فى عين المنهى عنه كما زعمه الخصم ، والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان فى ذلك وبأن غرضه أن حكم المنهى عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان فى عدم البطلان طالع

(قال المصنف : والنهى) أقول : معارضة الدليل الثانى (قال المصنف : يقرر المشروعية) أقول : بمعنى ترتب الأحكام المطلوبة منه عليه شرعا لابمعنى المأذونية شرعا (قال المصنف : لاقتضائه التصور الخ) أقول : يعنى تصوره موجود شرعا تصورا مطابقا للواقع ، فإذا كان موجودا شرعا يترتب عليه الآثار والأحكام المطلوبة إذ هو معنى الوجود الخارجى على مابين فى موضعه (قال المصنف : فنفس البيع) أقول : مع قطع النظر عن وصفه (قال المصنف : مشروع) أقول : أى مأذون فيه ، فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة إلى الجواب عن دليل الشافعى والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكرى . (قوله قد يكون النهى مانعا عن ذلك) أقول : أى عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهى) أقول : قوله مقتضى النهى حال .

وإنما لايثبت الملك قبل القبض كى لايؤدى إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ، ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض فى إفادة الحكم بمنزلة

حال الاعتصار ، بل الموجود حينئذ نية أن يصير خمرا وبائعها وآكل ثمنها وهى مال فى شرع أهل الكتاب على زعمهم ، وحيث أمرنا أن نتركهم ومايدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم إياها وبيعهم بها ، فإذا كان أحد العوضين خمرا أوخنزيرا فى بيع المسلم فهو باطل لايفيد الملك فى البدل الآخر وإن كان ثمنا ، وإن كان فى بيعهم فصحيح ، والله أعلم. وقوله (وإنما لايثبت الملك قبل القبض إلى آخره) جواب عن مقدّر هو أنه إذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه إلى وقت القبض؟ فأجاب : وحاصل الوجه فيه أنا قد أريناك أنه بسبب محظور وأن ماهو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وإن ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الحائض فوجب ذلك فى البيع ، وحيث أمرنا بإعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ، ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه فى الشرع بسبب من الأسباب فأخرناه إلى القبض ، فإنه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها إلا بالقبض . وقوله (كى لايؤدى إلى تقرير الفساد) أى إلى زيادة تقريره ، فإن المبادرة إليه تزيده وجودا مع أنه واجب الرفع فلايفعل ذلك .

التقرير تطلع على ذلك (قوله وإنما لايثبت الملك قبل القبض كى لايؤدى إلى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لايفيد قبل القبض ، وتقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجوب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لأنهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لايجوز لأنه واجب الرفع بالاسترداد ، وكل ماهو واجب الرفع بالاسترداد لايجوز تقريره ، وإذا كان واجب الرفع بالاسترداد : يعنى إذا كان المبيع مقبوضا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم والتسلم . ثم الرفع بالاسترداد . وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده ، لأن كل مايمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط ، وبأنه لو أفاد بعد القبض كان تقريرا للفساد . والجواب عن الأول أنه ممنوع وإلا لزم أن يكون الشىء مع غيره كالشىء لامع غيره وهو محال ، وخيار الشرط إنما استوى فيه القبض وعدمه لأن ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى ، لأنه يقول على أنى بالخيار ، والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده ، وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه . فلم يلزم أن يكون الشىء مع غيره كالشىء لامع غيره لأن الشرط أهدر الغير : أعنى القبض . وعن الثانى أن تقرير الفساد بعد القبض يثبت فى ضمن الضمان ، فإن القبض يوجب الضمان فإن لم ينتقل الملك من المضمون له إلى الضامن لاجتمع البدلان فى ملك شخص واحد وهو لايجوز ، والضمنيات لامعتبر بها (قوله ولأن السبب) دليل آخر على إفادة البيع الفاسد الملك بعد القبض . ووجهه أن السبب : يعنى البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتماده بالقبض فى إفادة الحكم لأن للقبض شبها بالإيجاب

(قوله لأنهما من مواجب العقد) أقول : الظاهر أن يقول من مواجب الملك إلا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما فى : رعينا غيثا (قوله والجواب عن الأول أنه ممنوع الخ) أقول : لايرد عدم ثبوت الملك بالقبض فى البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لأن الشرط أهدر الغير) أقول : وللخصم أن يقول إن الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فإن القبض يوجب الضمان) أقول : إن أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه ، وإن أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين فى ملك شخص ، ولو صح ماذكره لملك المغصوب بالقبض لجريان ماذكره فيه فليتأمل ، فإن جواب النقض يظهر مماسبق فى باب خيار الشرط من قوله حكما للمعاوضة والمقام بعد محل كلام .

الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن ، ولوكان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن فى الخمر الواجب هو القيمة وهى تصلح ثمنا لا مثمنا . ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر ، إلا أنه يكتفى به دلالة كما إذا قبضه فى مجلس العقد استحسانا ، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق ، وكذا القبض فى الهبة

وقوله (وإن كان الخمر مثمنا فقد خرّجناه) يريد ماقدمه من بطلان البيع إذا كانت مبيعا لأن فى جعلها المقصود بالعقد إعزازا لها . وقوله(وشيء آخر) أى وجه آخر لبطلان العقد إذا كانت مبيعة ، وهوأن الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها ، والقيمة لاتكون إلا دراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع ، وهو خلاف وضع الشرع فى سائر البياعات من أن المقابل للسلع من النقود ثمن . لايقال : لامانع من ذلك : فإن الدراهم والدنانير إذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا ، والخمر قد قوبلت بالدراهم فإذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم . لأنا نقول : الثابت هناكون كل مبيعا وثمنا ، وهنا يلزم مبيعا ليس غير . وقد يقال : لما كان الواجب بقبض المبيع فى الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع فى بيع الخمر قيمتها آل إلى الصرف فتكون القيمة مبيعا وثمنا كالقيمة التى يدفعها المشترى (ثم شرط) فى الملك (أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (إلا أنه يكتفى بالإذن دلالة كما إذا) اجترء فـ(قبضه فى مجلس العقد) ولم يمنعه البائع (استحسانا ، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق) أما إذا كان أمره بالقبض فإنه يملكها ، ولو كان القبض مع غيبة البائع ، ولو قيل لانسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن إفادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة . فالجواب أن ضعفه إنما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لامنع قبضه مطلقا ، وصار كالهبة

فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة فى نفسه فهو كالهبة فى احتياجه إلى مايعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة . وتقريره أن الميتة ليست بمال وما ليس بمال لايجوز فيه البيع لفوات ركنه ، ولو كان الخمر مثمنا وهو ما إذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه : يعنى فى أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولايلزم من بطلان البيع فيما إذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع فى المتنازع فيه وفى شيء آخر : أى دليل آخر سوى ماذكرنا هناك وهو أن العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها ، فلو قلنا بانعقاد البيع فى الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لأن كل عين يقابله الدراهم أو الدنير فى البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ، ولاعهد لنا بذلك فى صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع) إشارة إلى صحة الإذن بالدلالة ، كما إذا قبضه بمجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فإنه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احترازعما ذكره صاحب الإيضاح ، وسماه الرواية المشهورة فقال : وما قبضه بغير إذن البائع فى البيع الفاسد فهو كما لم يقبض ،

(قوله بإذن البائع ، إشارة إلى صحة الإذن) أقول : فى حصول الإشارة مما ذكره خفاء ، ولعل مراده هذا القول الخ (قوله كما إذا قبضه) أقول : ينبغى أن تكون الكاف زائدة على مايدل عليه تفسيره الإذن دلالة فى أول الفصل .

فى مجلس العقد يصح استحسانا ، وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرّج عليه البيع بالميتة والدم والحرّ والريح والبيع مع نفى الثمن ، وقوله لزمته قيمته ، فى ذوات القيم ، فأما فى ذوات الأمثال فيلزمه

فى ضعف السبب مع أن القبض فيها (فى مجالس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكفى فيه كون التسليط الذى يثبت مقيدا بالمجلس ، حتى لو قبضه فى غير ذلك المجالس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا . وعن الهندوانى أنه قال : يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه إذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذا من إطلاق سيأتى . وأما ماذكر فى المأذون من اشتراط إذن البائع فى صحة القبض بعد الافتراق فتأويله إذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض ، فأما إذا ملك به فلا يحتاج إلى الإذن ويكون قبض الثمن منه إذنا منه بالقبض . وفى المجتبى فى التخلية اختلاف الروايات ، والأصح أنها ليست بقبض . وفى الخلاصة التخلية كالقبض فى البيع الفاسد فى بيع الجامع الكبير ، وفى المحيط : باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله ، وفى جمع التفاريق : لو كان وديعة عنده وهى حاضرة ملكها .

وقوله (فيخرّج عليه) أى على اشتراط المال فى البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالميتة والدم والحرّ والبيع بالريح والبيع مع نفى الثمن) كلها باطلة لعدم المال فى العوض ، وقيد بنفى الثمن لأنهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفى ولا إثبات انعقد فاسدا ويثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لأن مطلق البيع يقتضى المعاوضة ؛ فإذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع . وقوله (لزمته قيمته) يعنى يوم القبض . ولو زادت قيمته فى يده فأتلفه لأنه إنما دخل فى ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب . وقال محمد : عليه قيمته يوم أتلفه لأنه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ ، كذا فى الكافى ، وهذا (فى ذوات القيم ، فأما فى ذوات الأمثال فيلزمه المثل)

وهذه الرواية هى المشهورة . وجه الصحيح أن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط سابق فيكتفى به ، وعلى هذا القبض فى الهبة فى مجلس العقد يصح استحسانا ، وعلى رواية صاحب الإيضاح يحتاج إلى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد ، وذلك بأن العقد إذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض ، بخلاف ما إذا وهب فإنه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام فى المجلس ، لأن التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا بمقتضاه ، وإنما يتوقف على المجلس لأن القبض ركن فى باب الهبة وأنه ينزل منزلة القبول فى حق الحكم ، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه ، وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحرّ والريح التى تهب والبيع مع نفى الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية فى هذه الأشياء سواء كانت ثمنا أو مثمنا ، لكن ذكر جهة الأثمان ليعلم أنها إذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان . وقوله أى قول القدورى لزمته قيمته : معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة ،

(قوله والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضى) أقول : فى التفريع كلام ، فإن للبيع الفاسد وجودا شرعيا ، ولا يكفى ذلك فى ثبوت المقتضى ، ثم أقول له يجب إعدامه فلم يثبت المقتضى : يعنى يجب إعدامه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا (قال المصنف : ليتحقق ركن البيع) أقول : يعنى ليظهر تحققه ، فإن الفاسد قد يستعمل فى معنى العام للباطل أيضا .

المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب ، وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى . قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعا للفساد ، وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه ، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد فى صلب العقد لقوته ، وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد ،

ومنها العدديات المتقاربة (لأنه مضمون بنفسه) أى بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح . هذا والقول فى القيمة والمثل قول المشترى لأنه الضامن ، فالقول له فى القدر والبينة فيه بينة البائع (قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعا للفساد) أى للمعصية فرفعه حق لله تعالى ، فإن نفس العقد مكروه والجرى على موجبه بالتصرف فى المبيع تمليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو أكل كذلك : أى يكره لما فيه من تقرير المعصية وهى كراهة التحريم . والوجه أن يكون حراما لأن الإجماع على منعه شرعا قطعى يوجب الحرمة ، وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال : وعلى كل واحد فسخه ، غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه . وحاصل المنقول فى المسئلة أنه إذا كان الفساد فى صلب العقد وهو ما يرجع إلى الثمن أو المثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لأنه وإن كان حق الشرع ففيه إلزام موجب الفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه . وعند أبى يوسف بغير حضرته أيضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وإن كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه ، أو إلى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والأجل بالفسخ كالبائع فى صورة الإقراض والمشترى فى الأجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى ، لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة عليه صح فسخه لأنه يقدر أن يسقط الأجل فيصح العقد ، فإذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد ، وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ، والعقد إذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه . كذا فى الذخيرة والإيضاح والكافى فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده ، وهذا إذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص ، أما إذا زاد المشترى فى يد المشترى زيادة متصلة متولدة من الأصل أولا أو منفصلة كذلك أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل

فأما فى ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب ، والحكم فى الغصب كذلك بناء على أن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه إلا إذا تعذر . قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدى البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض أو بعده ، أما إذا كان قبل القبض فلما تقدم أنه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من أن يفيد الحكم ، وأما إذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد فى صلب العقد : أى لمعنى فى أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر ، أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع إلى النيروز والمهرجان ونحو ذلك ، فإن كان الأول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد . وعند أبى يوسف بحضرته وغيبته . وإن كان الثانى فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض ،

(قوله فإن كان الأول كان الخ) أقول : كان الظاهر أن يقول : فإن كان الأول فذلك لقوة الفساد ، إلا أنه عدل عنه إلى ما يرى لبعد المسافة عن قوله أما إذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة صاحبه فليتدبر (قوله فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض الخ) أقول : لا يخفى عليك أن الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله ، فى تقريره ركاكة ظاهرة .

إلا أنه لم تتحقق المراضاة فى حق من له الشرط . قال (فإن باعه المشترى نفذ بيعه) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثانى ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ،

الغير بائعا أو مشتريا أو أجنبيا فسنذكره . وقوله (إلا أنه) إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد ، ، وهو أنه لما كان قويا ينبغى أن لايكون لأحد ولاية الفسخ وإن كان له منفعة الشرط . فأجاب بأن القياس ذلك ، إلا أنه لما لم تتحقق المراضاة فى حقه كان له الفسخ (قوله فإن باعه) أى باع المشترى ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا (نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الأول فى (الاسترداد لتعلق حق العبد) بالعقد (الثانى ونقض الأول) ماكان إلا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) بإذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ، ولاينقض بالصيد إذا أحرم مالكه وهو فى يده حيث يقدم حق الشرع على العبد . لأنا نقول : الواجب عليه إطلاقه لا إخراجه عن ملكه ، فيطلقه بحيث لايضيع عليه ، وهذا جمع بين الحقين ولاينقض باسترداد وارث البائع إذا مات البائع من المشترى مع أنه تعلق به حق العبد وهو الوارث لأن الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذى كان للمشترى وكان مشغولا بحق البائع فى الرد فينتقل إليه كذلك، أما الموصى له بالمبيع فكالمشترى الثانى فليس لورثة البائع استرداده منه لأن له ملكا متجددا بسبب اختيارى لابتصرف من المشترى ، ولو قيل المشترى الثانى أيضا إنما ينتقل إليه المبيع مشغولا بذلك الحق لأن ذلك كان فيه للبائع الأول وليس فى قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه إلى المشترى إلا مشغولا بذلك احتاج إلى الجواب

وأما إذا كان بعده فللذى له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص، وأما إذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب فى شرح الطحاوى . قيل المذكور فى الكتاب قول محمد. ووجهه ماذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لايكون لأحد المتعاقدين حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق فى حق من له الشرط فله أن يفسخه ، وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لأنه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ، وفى العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه، كذا فى الذخيرة والإيضاح والكافى ، فإن باع المشترى المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لأنه ملكه بالقبض ، وكل من ملك بالقبض شيئا يملك التصرف فيه ، سواء كان تصرفا لايحتمل النقض كالإعتاق والتدبير ، أو يحتمله كالبيع والهبة . وورد بأن المبيع لو كان مأكولا لم يحل أكله ، ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره فى شرح الطحاوى ، فلم يملك التصرف مطلقا . وأجيب بالمنع ، فإن محمدا نص فى كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لأن البائع سلطه على ذلك. وذكر شمس الأئمة الحلوانى : يكره الوطء ولا يحرم ، فالمذكور فى شرح الطحاوى يحمل على عدم الطيب ، ولئن سلم فالوطء مما لايستباح بصريح التسليط فبدلالته أولى ، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل . وإذا كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشترى الثانى بالبيع الثانى ونقض البيع الأول لحق الشرع . وإذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع ، وفيه بحث لأن التصرف إن كان إجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده ، وكذا إذا مات المشترى وورث وارثه

(قوله كذا فى الذخيرة والإيضاح والكافى) أقول : وهو ظاهر كلام القدورى أيضا ، ولا يخفى عليك ما فى دليلهما من القوة (قوله وكل من ملك بالقبض) أقول : ليس فى تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول : لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الأثر كثبوت النسب .

ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه ، والثانى مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع ، بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان فى المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع .

(و) أيضا (الأول مشروع بأصله لاوصفه ، والثانى مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولأنه) أى البيع الثانى (حصل بتسليط من جهة البائع) أى البائع الأول لأن التمليك منه مع الإذن فى القبض تسليط على التصرف فلايتمكن من الاسترداد من المشترى الثانى وإلا كان ساعيا فى نقض ماتم به ويؤدى إلى المناقضة ، قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد فى بيع نفسه حينئذ أولى . والجواب أنه قبل بيع المشترى وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا فى نقض ماتم به لأن الكائن من جهته تسليط على البيع وتمامه بأن يفعل المسلط ، وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه أن يتدارك بالتوبة ، وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط ، فإذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوّت على نفسه المكنة بتقصيره ، وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشترى ليس إلا لتدارك رفع المعصية بالتوبة ، ومتى أخر حتى تعلق حق عبد من المشترى والموهوب له والموصى له فقد فوته . أما الوارث فإنه مأمور بخلاص ميته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك . وهذا (بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فإنه لايمنع حق الشفيع ، وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وإن تعلق بها

المشترى وإن تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما . وأجيب عن الأول بأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار وفساد الشراء عذر فى فسخها كما يأتى ، ولم يذكر محمد من يفسخها . وذكر فى النوادر أن القاضى يفسخها ، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة ، والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك ، فتعلق حق الزوج بالمنفعة لايمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم . وعن الثانى بأن ملك الوارث فى حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه ، وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل إلى الوارث كذلك ، حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشترى بحكم الفساد ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى المشترى بالمشترى لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لأن الموصى له بمنزلة المشترى الثانى فى ثبوت ملك متجدد له بسبب اختيارى ليس فى حكم عين ما كان للموصى ولهذا لايرد بالعيب . فإن قيل : قولهم إذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما إذا كان فى يد حلال صيد ثم أحرم فإنه يجب عليه إرساله وفيه تقديم حق الشرع . أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقين لإمكانه بالإرسال فى موضع لايضيع ملكه لا الترجيح فإنه إنما يصار إليه إذا امتنع الجمع (قوله ولأن الأول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع . ووجهه أن البيع الأول مشروع بأصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا ، والبيع الثانى مشروع بأصله ووصفه إذ لاخلل فيه لا فى ركنه ولا فى عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف . وحاصله أن الفاسد لايعارض الصحيح (قوله ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ، ومعناه أن البيع الثانى حصل بتسليط البائع الأول حيث كان القبض بإذنه ، فاسترداده نقض ماتم من جهته وذلك باطل . ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثانى فإنه نقض ما تم من جهته . والجواب أنا لانسلم التمام فيه ، فإن كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فأين التمام ، فإذا باع المشترى فقد انتهى ملكه ولهذا لايملك الفسخ والمنهى مقرر . وإذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك إلا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته (قوله بخلاف تصرف المشترى) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشترى مانعا عن نقض التصرف لم ينقض

قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته ؛ وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة ، وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على مامر ، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان ، إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ،

حق الغير لأن حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ، ويترجح الشفيع لأنه أسبق ، ولأنه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما فى البائع . وأورد فينبغى أن يكون حق المشترى أحق من حق الشفيع لأنه ثان فيكون ناسخا . أجيب بأنه إنما ينسخ إذا كان مثله فى القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بخمر) المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر أو غيره (فأعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) إنما وجبت القيمة لأنه (بالإعتاق قد هلك) فوقع الإياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة : وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على مامر) فى المسألة قبلها من أنه تعلق به حق العبد : أعنى المشترى الثانى والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوّت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعنى إذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لأنهما لازمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (إلا أنه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة فى تخصيصهما بذلك ، بل يعود حق الاسترداد فى البيع والهبة إذا انتقضت هذه التصرفات كالردّ بالعيب والرجوع فى الهبة ولو

تصرفات المشترى فى الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضها . وتوجيه الجواب ما قال إن كل واحد من حق المشترى والشفيع حق العبد ويستويان فى المشروعية فيجوز نقض أحدهما للآخر بدليل يقتضيه . وحاصله أن تعلق حق الغير إنما يمنع النقض إذا كان فى مقابلته ما هو مرجوح عنده ، وأما إذا كان ماهو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صحة الأخذ تتحول الصفقة إليه فتبقى تصرفات المشترى بلا سند فينتقض ، ولأنه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته ، وهذا لأن التسليط إنما يثبت بالإذن أو بإثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك . قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه بإذن البائع وأعتقه أو باعه بيعا صحيحا وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أى ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أما جوازه فـ(لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ ، وأما وجوب القيمة فلما تقدم أنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب (وبالإعتاق قد هلك) فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة (وبالهبة والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على مامر) آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثانى (والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان) فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازما فى حق الراهن كالكتابة فى حق المولى (إلا أن حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهو تعلق حق العبد . قيل وليس لتخصيصهما فى عود الاسترداد فائدة زائدة ، فإنه ثابت فى جميع الصور إذا نقض التصرفات ، حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء

(قوله لأنه عند صحة الأخذ الخ) أقول : الكلام فى صحة الأخذ بعد ماتعلق بالدار حق الغير . والأظهر أن يعلل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سيأتى فى كتاب الشفعة (قوله على مامر آنفا من قوله لتعلق حق العبد) أقول : والأولى أن يجعل قوله على مامر إشارة إلى الأدلة الثلاثة التى ذكرها المصنف آنفا .

وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر ، ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا . قال (وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن

بغير قضاء لأنه عاد إلى قديم ملكه . ثم حق الاسترداد إنما يعود إذا لم يقض بالقيمة على المشترى ، فإن قضى بها عليه ثم عاد إلى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين إلى القيمة كالعبد المغصوب إذا أبق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لمالكه أخذه لما قلنا . وقوله (وهذا بخلاف الإجارة) فإنه إذا أجر المشترى شراء فاسدا لاينقطع به حق الاسترداد (لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع الفساد عذر ، ولأن الإجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون) الاسترداد بالإضافة إلى المنافع التى لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالإجارة لأنه عقد على منفعة ، فإذا زوج المشترى الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع أن يستردها لأن حق الزوج فى المنفعة لايمنع حق البائع فى الرقبة ولأنه لايفوته ملك المنفعة ، فإن مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع . نعم تصير بحيث له منعها وعدم تبوئتها معه بيتا غير أنه إذا ظفر بها له وطؤها . ولوقطعت يد العبد المشترى شراء فاسدا وأخذ المشترى الأرش أو ولدت الجارية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه . ولوقطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما فى الغصب ؛ ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البائع بين أخذه وإعطاء مازاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب . والحاصل أن كل تصرف لوفعله الغاصب انقطع به حق المالك إذا فعله المشترى انقطع به حق الاسترداد للبائع ؛ وذكر الكرخى أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد ، وعن محمد أنه كالغصب ولا يمتنع الاسترداد بموت المشترى فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشترى ، وزيادة المشترى شراء فاسدا لاتمنع الاسترداد ، إلا إذا كانت بفعل المشترى كالخياطة والصبغ ، ونقصانه بفعل المشترى أو بفعله فى نفسه أو بآفة سماوية لايمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان ، وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وإن كان بفعل أجنبى فله أن يأخذ الأرش من المشترى ، وإن شاء أخذه من الجانى ، وفى قتل الأجنبى ليس له تضمين الجانى . ولو وطئ المشترى الجارية لايمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع ؛ فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع ، أما إن أتلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعنى القيمة التى أخذها من المشترى وليس بلازم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذى تراضيا عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن) وعلى هذا الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض

بالقيمة أو رجع الواهب فى هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه إليه ، ثم عود حق الاسترداد فى جميع الصور إنما يكون إذا لم يقض على المشترى بالقيمة ، وأما إذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى العين كما إذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد (قوله وهذا) أى انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الإجارة) فإن حق الاسترداد فيها لاينقطع لما ذكرنا (أنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد من أقوى الأعذار ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا) ولعل فى الجوابين إشارة إلى المذهبين فيها . قال (وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال فى النهاية : أى القيمة التى أخذها من المشترى وليس بواضح ، بل المراد به ما أخذه البائع فى مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة . وهذا الحكم ثابت فى الإجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لايدفع المبيع إلى أن يأخذ الثمن

(قوله بل المراد به ما أخذه البائع فى مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول : فيه بحث .

(وإن مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن) لأنه يقدم عليه فى حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين فى البيع الفاسد، وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب؛ وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا؛ قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها) عند أبى حنيفة رحمه الله، رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى الرواية.

الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز إذا تفاسخا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة التى دفعها للمؤجر، وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لأن هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين (ولومات البائع) بيعا فاسدا أو المؤجر إجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك، فالذى فى يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لأنه مقدم عليه فى حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشترى بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء، بخلاف ما إذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فإنه لايختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما فى الرهن، لأن الاختصاص إنما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا بمجرد الحق، ولا يد للمحتال (ثم إن كانت دراهم الثمن) التى دفعها (قائمة يأخذها) المشترى (بعينها لأنها تتعين فى البيع الفاسد وهو الأصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنها لاتتعين كما فى البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف، ورواية أبى سليمان تتعين وهو الأصح، لكن سيأتى ما يقوى رواية أبى حفص (لأن البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب (وإن كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيخان. وذكر فى الفوائد الظهيرية وفخر الإسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشترى، فإن فضل شىء عما دفعه يصرف إلى الغرماء، ولا شك أنه غير لازم لأن الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع فى استردادها بالبناء والغرس

من البائع كما فى الرهن، لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لاغير، وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما فى الغصب (وإن مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لأنه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من أن للمشترى حق منع البائع من المبيع إلى أن يأخذ ما أدى إليه، وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن، فإن الراهن إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفى الدين (ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبى سليمان (وهو الأصح) وعلى رواية أبى حفص لاتتعين، والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم إلى أجل فى تعيين المقبوض للرد على الروايتين. وجه رواية أبى حفص الاعتبار بالبيع الصحيح. ووجه رواية أبى سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب فى كونهما مقبوضين لاعلى وجه مشروع. وقيل فى حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها إذا كانت قائمة (وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك. وذكر فى الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشترى. فإن فضل شىء يصرف إلى الغرماء كما فى بيع الرهن بالدين. قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها عند أبى حنيفة.

(قوله والقبض الفاسد، إلى قوله: على الروايتين) أقول: قوله والقبض مبتدأ، وقوله على الروايتين خبره.

(وقالا : ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف . لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير ، بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقين لايبطل بالبناء فأقواهما أولى . وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع ، بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لايبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه .

(وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقلع الغرس(وتسترد الدار . لهما أن حق الشفيع) فى الدار التى يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) بيعا فاسدا فى الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) فى ثبوت الملك له فى الدار (إلى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث . وحق هذا البائع فى الاسترداد لايتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة الأضعف لايبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لايبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولأبى حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فإنه) وإن كان أضعف (لم يوجد) مايبطله وهو تسليطه على الفعل : أعنى البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لايبطل بالبيع والهبة) أيضا

وقال أبو يوسف ومحمد : ينقض البناء وترد الدار) وكذا إذا اشترى أرضا وغرس فيها . وذكر فى الإيضاح أن قول أبى يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخرا مع أبى حنيفة (لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لأنه يحتاج فيه إلى القضاء) أو الرضا (ويبطل بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فإنه لايحتاج إلى ذلك ، وقد تقدم أن البائع بيعا فاسدا إذا مات كان لورثته الاسترداد ، والأضعف إذا لم يبطل بشىء فالأقوى لايبطل به وهو بديهى ، وحق الشفيع لايبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك (ولأبى حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشترى بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشترى (بخلاف الشفيع إذ التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهبها المشترى لم يبطل حق الشفيع ، وكذا لو باعها من آخر فإنه يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى بالثمن أو بالأول بالقيمة وإن كان لاشفعة فى البيع الفاسد لأن حق البائع قد انقطع هاهنا ، وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه ، وهذا التقرير ينبئك أن قوله مما يقصد به الدوام لامدخل له فى الحجة . قيل : وإنما أدخله فيها إشارة إلى الاحتراز عن الإجارة ، فإن البناء والغرس بالإجارة لايقصد بهما الدوام ، ولعله ذكره لأن يلحقه بالبيع فى كونه منهيا مقررا لأنه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع ، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشترى . واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الأولى لأن فيه إعدام الفاسد . وإذا تؤمل ماذكر فليس بوارد ، إذ البائع مسلط دون الشفيع ، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الأولوية وبطلت الملازمة . واعترض أيضا بأنه إذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع فى الاسترداد لوجود المقتضى وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء ، كما إذا باع المشترى شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ . وأجيب بوجود مانع آخر فإن المانع من الاسترداد إنما ينتفى بعد ثبوت الملك للشفيع وأنه مانع آخر من الاسترداد ، وهذا لأن النقض إنما وجب ضرورة إبقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم إلى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم إلى

وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله ، وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف .

بل يأخذها من يد المشترى الثانى بالشفعة لأن البيع ليس بتسليط منه. وهذه المسئلة من المسائل التى أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور فى الجامع ؛ فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة) بذلك ، قالوا إنه شك فى حفظ الرواية عنه لا فى مذهبه : يعنى أن مذهبه معروف أنه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشترى (فإن محمدا نص على) هذا (الاختلاف فى كتاب الشفعة) فإنه قال : إذا بنى فى الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا شفعة ، فهذا دليل على أن الرواية عن أبى حنيفة ثابتة لأن حق الشفعة فى الدار المبيعة بيعا فاسدا مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد ، فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها ، غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبى يوسف لمحمد ما رويت لك عن أبى حنيفة أنه يأخذ قيمتها وإنما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لى أنه يأخذ قيمتها صريح فى الإنكار لا فى الشك ، وصريح فى أنه ينقل عن أبى حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف . وقول المصنف (فإن حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجودا وعدما مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما ، فوجوده مبنى على عدمه وعدمه مبنى على وجوده ، وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر . وجماعة من الشارحين قالوا : وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره ، وهو عطف على مبنى والمعنى ثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف ، فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بأنه ينقطع ، وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد ، والأقرب أن الأوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع فى الاسترداد ، والمعنى حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء

الشفيع . روى وجوب القيمة فى هذه المسئلة عن أبى حنيفة ويعقوب رحمهما الله ، ثم شك بعد ذلك فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة لا فى مذهبه . والدليل على أن مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف فى كتاب الشفعة أن عند أبى حنيفة للشفيع الشفعة فى هذه الدار التى اشتراها المشترى شراء فاسدا وبنى فيها أو غرس ، وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه ، فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ، ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لأن وجود الملزوم بدون لازمه محال ، وعلى هذا فمن حفظ مذهب أبى حنيفة فى ثبوت الشفعة لا يشك فى مذهبه فى انقطاع حق البائع فى الاسترداد فلم يبق الشك إلا فى روايته عنه لمحمد رحمهم الله . قال شمس الأئمة السرخسى : هذه المسئلة هى المسئلة الثالثة التى جرت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد . قال أبو يوسف : ما رويت عن أبى حنيفة أنه يأخذ قيمتها ، وإنما رويت لك أن ينقض البناء . وقال محمد : بل رويت لى عنه أنه يأخذ قيمتها ، وهذا كما ترى يشير إلى أن الشك كان فى الرواية حيث لم يقل مذهب أبى حنيفة كذا ، وإنما قال ما رويت وفيه تأمل . ولما كان هذا الموضع محتاجا إلى توكيد كرر المصنف قوله (شك يعقوب فى الرواية) وفى كلامه نوع انغلاق لأنه قال : رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ، والراوى فى الجامع الصغير عنه محمد لأنه تصنيفه ، إلا إذا أريد بالجامع الصغير المسائل

(قوله وفيه تأمل) أقول : لأنه إنما قال ما رويت لأن النزاع كان فى الرواية لا فى المذهب ، فيجوز أن يكون الشك فى المذهب أيضا ، بل لا يبعد أن يقال ذلك هو الظاهر . ثم قوله (ما رويت) صريح فى نفى الرواية لا فى الشك فيها ، إلا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا .

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح فى الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث فى الربح ، والدراهم والدنانير

وثبوت انقطاعه به على الخلاف عندهما لاينقطع فله القلع والهدم، وعنده ينقطع فلا يسترد . واتفقت الروايات أن طلب حق الشفعة فى البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء . وأورد على أبى حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير للفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه إعدام الفساد . أجيب بمنع الملازمة ، فإن البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لأجل من لاجناية منه النقض لمن جنى . فإن قيل : إذا نقض البناء والغرس لأجل الشفيع ينبغى أن يعود حق البائع فى الاسترداد ، كما إذا فسخ البيع عن العبد . أجيب بأن المانع من الاسترداد إنما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما لملكه . هذا وقولهما أوجه لأن قول أبى حنيفة إن البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق فى الإجارة على إيجاب القلع ، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا . فإن قال المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء . قلنا : المشترى شراء فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا ، وقولكم لايلزم ذلك محل النزاع فأقل الأمر أن يعلم الخلاف ، ويجوز أن يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء إلامدة ما . وأما تعليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب ، لأن ذلك فيما إذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح ، وما نحن فيه نفس العاقد الجانى بعقده هو الذى بنى فلا يستحق بجنايته ، وفعله المقرر لمعصيته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو فى الحقيقة حق الله تعالى ، بخلاف ما إذا اتصل به حق من لاجناية منه فإنه جل وعلا أذن فى تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها) المشترى (وربح فيها تصدق بالربح ويطيب لبائعه ما ربح فى الثمن) الذى قبضه من المشترى إذا عمل فربح ، والأصل فى هذا أن المال نوعان : نوع لايتعين فى عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ، ونوع يتعين وهو ما سواهما . والخبث نوعان : خبث فى البدل لعدم

التى رواها يعقوب عن أبى حنيفة لمحمد . قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا) اعلم أن الأموال على نوعين : نوع لايتعين فى العقد كالدراهم والدنانير ، ونوع يتعين كخلافهما . والخبث أيضا على نوعين : خبث لفساد الملك ، وخبث لعدم الملك . فأما الأول فإنه يؤثر فيما يتعين دون مالا يتعين . والثانى يؤثر فيهما جميعا . وإذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وإن اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لأن الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث فى الربح والدراهم والدنانير لايتعينان فلم يتعلق العقد الثانى بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لأنه لفساد الملك لالعدمه ، ومعنى عدم التعين فيها أنه لو أشار إليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له أن يتركها ويدفع إلى البائع غيرها لما أن الثمن يجب فى ذمة المشترى لايتعلق بعين تلك الدراهم المشار إليها فى البياعات ، وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة ، وهى أنها لاتتعين لاعلى الأصح وهى التى تقدمت أنها تتعين فى البيع الفاسد لأنها بمنزلة المغصوب . ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح

(قوله وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى أنها لا تتعين الخ) أقول : فيه بحث ، فإن عدم التعيين سواء كان فى المغصوب أو ثمن المبيع الفاسد إنما هو فى العقد الثانى ولا يضر تعينه فى الأول ، فقوله إنما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لاعلى الأصح وهى التى تقدمت الخ) أقول : يعنى تقدم ذكرها بورقة تخمينا بقوله ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبى سليمان وهو الأصح .

لايتعينان فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بغينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق ، وهذا فى الخبث الذى سببه فساد الملك ، أما الخبث لعدم الملك فعند أبى حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة ، وفيما لايتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن ، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة ، والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها .

الملك فى المبدل ، وخبث لفساد الملك . فالخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين حتى إن الغاصب أو المودع إذا تصرفا فى المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وأديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند أبى حنيفة ومحمد لأنه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث ، وفيما لايتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لأن العقد لايتعلق به بل بمثله فى الذمة ، لكنه إنما توسل إلى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أن نقد الدراهم المغصوبة أوتقدير الثمن إن أشار إلى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لأن الشبهة معتبرة كالحقيقة فى أبواب الربا ، والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث ، وهو مايتعين كالجارية فى مسئلتنا ويتعدى إلى بدلها ، وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو مالا يتعين ، وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الأصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى ، وإلا اعتبر مادونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح ، فلذا قال : يتصدق المشترى بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح فى الثمن ، ولا شك أن هذا إنما هو على الرواية القائلة : إنه لاتتعين النقود فى البيع الفاسد ، أما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح فى النوعين كالغصب لايطيب ، وقد ذكر المصنف أن رواية التعيين فى البيع الفاسد هو الأصح ، فحينئذ الأصح وجوب التصدق على البائع أيضا بما ربح فى الثمن ، غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل فى طيب الربح صريح الرواية فى الجامع ، فإن فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال : يتصدق الذى قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذى قبض الدراهم ، وحينئذ فالأصح أن الدراهم لاتتعين فى البيع الفاسد لا كما قال . وقول المصنف (لاتتعين فى العقود) أى عقود البياعات ، بخلاف ماسواها من الشركة والوديعة والغصب ، وقول بعضهما احترز به عن الوديعة والغصب والشركة إنما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك ، وهذا التفصيل قول أبى حنيفة ومحمد .

فى الفصلين عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لايتعين . وقال أبو يوسف : يطيب له الربح لأن شرط الطيب الضمان والفرض وجوده . ولهما أن العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لايتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أوتقدير الثمن) وبيانه أنه إذا اشترى بها فلا يخلو أما إن أشار

(قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول : كتب فى هامش هذا البحث ما هو صورته . وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام فى الخبث لعدم الملك وإن أدى الضمان فقد ملك على أصله ، ثم إذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك . والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك ، وإنما يثبت الملك مستندا بالضمان ، وفى المستند شبهة العدم ، وشبهة العدم ملحقة بحقيقة العدم فيما يبتنى على الشبهات والصدقة تبتنى عليها ، فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة إلى الربح ، فالملك بعد الضمان يفيد طيب المغصوب لا طيب الربح الحاصل منه ، لأنه بالنسبة إليه كالعدم اه . ونحن نقول : فعلى هذا يكون فى ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث ، وفى ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة ، إذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التى ادعاها فى الكلام حيث لا يخرجه إلى الحقيقة فليتأمل .

قال (وكذلك إذا ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى فى الدراهم يطيب له الربح) لأن الخبث لفساد الملك هاهنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق ، وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين .

وقال أبو يوسف : يطيب له الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد ، وعند زفر والشافعى لا يطيب فى الكل لأن الدراهم والدنانير تتعين ، حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما فى المبيع المعين وعندنا لا يبطل ، وليس له أن يحبسها ويعطى مثلها عندهما (قوله وكذلك الخ) قال فى الجامع الصغير : وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعى فى الدراهم التى قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية) أى بالإقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق مملوك) أى ملكا فاسدا سواء كان عينا أو دينا ، أما عينا فبدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد ، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق ، إذ لا عتق فى غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة . وإذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح . وفى الجامع الكبير لقاضيخان : بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه فباعه المديون عبدا لغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث ، لأن المديون ملك ما فى ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث ، وبيان فساد الملك فى بدل المستحق أنه إذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتتمكن فيه شبهة عدم الملك ؛ ولو حصل الربح فى دراهم غير مملوكة تتمكن فيه شبهة الخبث ، فإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر . واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه ، أما لو كان فى أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فلدفع إليه لا يملكه أصلا لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه ، والله أعلم .

إليها ونقد منها أو أشار إليها ونقد من غيرها ، فإن كان الأول فقد تعلق به سلامة المبيع لأنه هو الواقع ثمنا ، وإن كان الثانى فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح فى الأول حصل بملك الغير من كل وجه . وفى الثانى توسل إليه بمال الغير لأن بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح فى الحقيقة والشبهة جميعا ، وإذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهى التى تكون فيما يتعين إلى شبهته ، لأن حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه ، بل بماله فيه شائبة ملك تنزل ، وشبهة الخبث وهى التى تكون فيما لا يتعين إلى شبهة الشبهة ، لأن تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هى المعتبرة لا النازل عنها . قيل بالحديث وهو ماروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة » والريبة هى الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة . وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير ، وأما إذا كان شبهة الشبهة أيضا داخلة فى الريبة فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى فى ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبر ما دونها أيضا دفعا للتحكم ، لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة ، إذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها . قال (وكذلك إذا ادعى الخ) رجل قال لآخر لى عليك ألف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح) ولا يجب التصدق به لأن الخبث فيه لفساد الملك لأن الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه :

(فصل فيما يكره)

قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهوأن يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال « لاتناجشوا » .

(فصل فيما يكره)

لما كان دون الفاسد أخره عنه ، وليس المراد بكونه دونه فى حكم المنع الشرعى بل فى عدم فساد العقد ، وإلا فهذه الكراهات كلها تحريمية لانعلم خلافا فى الإثم . ومقتضى النظر عندى أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه ، والحاضر للبادى فى القحط والإضرار فاسدا ، وتلقى الجلب إذا لبس باطلا أو يثبت له الخيار ، وهذا لأن النهى مطلقه للتحريم إلا لصارف . وهذه المعانى المذكورة سببا للنهى تؤكد المنع لاتصرفه عنه ، فإن فى اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك ، وشراء ماجيء به فى زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم . وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقديركونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك ، أو منعقدا ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعى ، وكون الوصف مجاورا أو لازما لاينفى ماذكرنا إذ الاصطلاحات لاتنفى المعانى الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد، على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهى عنه ويملك البدل منه بالقبض ، وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعه ، ويجب فى هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ، ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى ثابتا جعلته فاسدا (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش ، وهو أن يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد مابلغت قيمتها فإنه تغرير للمسلم ظلما ، فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لايريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذكان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم « لاتناجشوا ») فى الصحيحين من

لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لايخرج البدل عن الملك لأن بدل المستحق مملوك به إذا كان عينا يتعين ، كما إذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه فاستحقت الجارية فإن العتق نافذ . ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه فى غير الملك بالنص ، فإذاكان مالا يتعين أولى، لكنه يفسد الملك إذ الاستحقاق قصدا فى مقابله لا فيه ، فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لايعمل فيما لايتعين .

(فصل فيما يكره)

قيل المكروه أدنى درجة من الفاسد ، ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك ألحق به وأخر عنه . ولعل تحقيق ذلك ما ذكر فى أصول الفقه أن القبح إذاكان لأمر مجاور كان مكروها . وإذا كان بوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه فى التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) بفتحتين (وهو أن يزيد الرجل فى الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجرى فى النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لاتناجشوا) أى لاتفعلوا ذلك

(فصل فيما يكره)

قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام : لايستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه » ولأن فى ذلك إيحاشا وإضرارا ، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن فى المساومة ، فأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ماننذكره ، وما ذكرناه محمل النهى فى النكاح أيضا . قال (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لايضر فلا بأس به ، إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر .

حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاتتلقى الركبان للبيع ، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولاتناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد » والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أى ونهى عن السوم فى حديث ابن عمر فى الصحيحين فى لفظ « لايبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » وفى الصحيحين من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقى الركبان » إلى أن قال « وأن يستام الرجل على سوم أخيه » وعرفت مثيره وهو مافيه من الإيحاش والإضرار ، وشرطه وهو أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته . وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن ساعة فيجيء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع فى قوله صلى الله عليه وسلم « لايبيع أحدكم على بيع أخيه » جامعا للبيع والشراء مجازا ، إنما يحتاج إلى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام ، وكذا محله فى الخطبة ، فإن لم يتراضيا فهو بيع من يزيدوا ولا بأس به كما سنذكر (قوله وعن تلقى الجلب) فى الصحيحين عن عبدالله بن عباس : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد » . قال : لايكون له سمارا . وللتلقى صورتان : إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة . وثانيهما أن يشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لايعلمون بالسعر ، ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك أنه يعصى ، أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق إن خرج فرآهم فاشترى ففى معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى . والوجه لايعصى إذا لم يلبس . وعندنا محمل النهى إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس ، أما إذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس

وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بأزيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها ، وظهر من هذا أن الراغب فى السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لايريد الشراء إلى مابلغ تمام قيمتها لايكون مكروها لانتفاء الخداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام « لايستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخية » وهو نفى فى معنى النهى فيفيد المشروعية ، وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشترى رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فإنه يجوز ، لكنه يكره لاشتماله على الإيحاش والإضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها إذا جنح البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن ، وكذلك فى النكاح . أما إذا لم يجنح فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد . وقد روى أنس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد » . قال : وعن تلقى الجلب : أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب : أى المجلوب . وصورته المصرى أخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراد فذلك لايخلو إما أن يضر بأهل البلد أو لا ، والثانى لايخلو من أن يلبس السعر على الواردين

قال (وعن بيع الحاضر للبادى) فقد قال عليه الصلاة والسلام « لايبيع الحاضر للبادى » وهذا إذا كان أهل البلد فى قحط وعوز ، وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه من الإضرار بهم . أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى ـ وذروا البيع ـ ثم فيه إخلال بواجب السعى على بعض الوجوه ، وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه فى كتاب الصلاة . قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ، ولا يفسد به البيع لأن الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة .

(قوله وعن بيع الحاضر للبادى) تقدم النهى عنه ، ومحمل النهى (إذا كان أهل البلد فى عوز) أى حاجة (أو قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى) للإضرار بهم وهم جيرانه (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلوانى : هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لاتبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له ويبيع ويغالى . ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس . وفى بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » وفى المجتبى : هذا التفسير أصح ، ذكره فى زاد الفقهاء لموافقته الحديث ، وعلى هذا فتفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادى وهو صورة النهى بل تفسير لضدها وهى الجائزة ، فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه ، فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادى قال : المقصود أن لايكون له سمسارا فنهى عنه للسمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة ، قال تعالى) ـ إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة ـ إلى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الأذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا فى النهى عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى إلى (الإخلال بواجب السعى على بعض الوجوه ، وقد ذكرنا الأذان المعتبر فى منع البيع فى كتاب الصلاة) وهو مايكون بعد دخول الوقت ، وقوله (كل ذلك يكره) أى كل ماذكرناه من أول الفصل إلى هنا يكره : أى لايحل على ماقدمناه (ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعى ، لكنه يثبت الخيار فى تلقى الركبان على ماقدمناه ، وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفى النجش ، وكذا بيع الحاضر للبادى ، وبه قال أحمد ، وعلل الصحة (بأن الفساد) فيه (فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة) واستشكله فى الكافى لأن البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس فى صلبه قال : إلا أن يؤول الخارج بالمجاور ، وأنت علمت ما

أو لا ، فإن كان الأول بأن كان أهل المصر فى قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك ، وإن كان الثانى فقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره ، وإلا فلا بأس بذلك (قال وبيع الحاضر للبادى) أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادى فقال عليه الصلاة والسلام « لايبيع حاضر لباد » وصورته الرجل له طعام لايبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال ، فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر فى سعة لايتضررون بذلك أو فى قحط يتضررون ، فإن كان الثانى فهو مكروه ، وإن كان الأول فلا بأس بذلك . وعلى هذا تكون اللام للبادى بمعنى من . وقيل فى صورته نظرا إلى اللام أن يتولى المصرى البيع لأهل البادية ليغالى فى القيمة . قال (والبيع عند أذان الجمعة) أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة ، قال الله تعالى ـ وذروا البيع ـ » وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه بيان للقبيح المجاوز ، فإن البيع قد يخل بواجب السعى إذ قعدا أو وقفا يتبايعان ، وأما إذا تبايعا يمشيان فلا إخلال فيصح بلا كراهة ، وقد تقدم فى كتاب الصلاة أن المعتبر فى ذلك هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أى المذكور من أول الفصل

(قال المصنف والبيع عند أذان الجمعة ، قال الله تعالى وذروا البيع ـ) أقول : قال الزيلعى : وذكر فى النهاية أنهما إذا تبايعا وهما =

قال (ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ماذكرنا . وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد » ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخرلم يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيرا) والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»

عندنا فى ذلك (قوله ولا بأس ببيع من يزيد) وهو صفة البيع الذى فى أسواق مصر المسمى بالبيع فى الدلالة (لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك « أن رجلا من الأنصار أتى النبيّ صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له : أما فى بيتك شيء ؟ قال : بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه ، وقعب نشرب فيه الماء ، قال : ائتنى بهما : فأتاه بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : من يشترى هذين ؟ فقال رجل : أنا آخذهما بدرهم ، فقال : من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا ، فقال رجل : أنا بدرهمين ، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين ، فأعطاهما الأنصارى وقال : اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك ، واشتر بالآخر فأسا فأتنى به ، فأتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال : اذهب فاحتطب وبع ، ولا أرينك خمسة عشر يوما ، فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم ، فاشترى ببعضها ثوبا وبعضها طعاما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير لك من أن تجىء المسئلة نكتة فى وجهك يوم القيامة ، إن المسئلة لاتصلح إلا لثلاثة : لذى فقر مدقع ، أو لذى غرم مفظع ، أو لذى دم موجع » وأخرجه الترمذى مختصرا «أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد » قال الترمذى : حديث حسن لانعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفى . وقد رواه غير واحد عن الأخضر بن عجلان وقال فى علله الكبير : سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال : الأخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أى من البيع المكروه : أى الذى لايحل على ماعرفت أن الكراهة تحريمية ، وإنما فصله لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع إليه أو لأنها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق ، بخلاف الأول (ومن ملك مملوكين) بأىّ سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان ببيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفى مبالغة فى المنع ، ولا ينظر فى الوصية إلى جواز أن يتأخر الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك موهوم (والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذى عن أبى أيوب الأنصارى رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (« من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ») وقال : حديث حسن غريب ،

إلى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد ، لأن الفساد : أى القبح لأمر خارج زائد : أى مجاور ، وليس فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة وتنسر ببيع من يزيد ، وروى أنس رضى الله عنه قد مر آنفا (نوع منه) أى هذا الذى يشرع فيه نوع من البيع المكروه ، ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم « من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة »

بمشيان فلا بأس به ، وعزاه إلى أصول الفقه لأبى اليسر . وهذا مشكل فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ، فمن أطلقه فى بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اه . وفيه بحث . (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه » الحديث) أقول : قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والدة وولدها ويجوز أن يكون خبرا .

«ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعليّ رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له : مافعل الغلامان ؟ فقال : بعت أحدهما ، فقال : أدرك أدرك ، ويروى : اردد اردد» . ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس ، والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار ، وقد أوعد عليه

وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فإن فيه حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ، وللاختلاف فيه لم يصححه الترمذي ، ورواه أحمد بقصة . وروى الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «ملعون من فرّق بين والدة وولدها» وقال : إسناده صحيح ، وفيه طليق بن محمد ، تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين ، وتارة عنه عن أبي بردة ، وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا . قال الدارقطني : وهو المحفوظ ، وقول ابن القطان لايصح لأن طليقا لايعرف حاله يريد خصوص ذلك وإلا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة وألفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه ، وهو منع التفريق إلا أن في سوقها طولا علينا . وأما حديث عليّ رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن عليّ رضي الله عنه قال «وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ياعليّ مافعل غلامك ؟ فأخبرته فقال : رده رده» قال الترمذي حديث حسن غريب . وتعقبه أبوداود بأن ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك . وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عليّ رضي الله عنه قال : «قدم على النبيّ صلى الله عليه وسلم سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرّقت بينهما ، ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال : أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعا فلا تفرق بينهما» وصححه الحاكم على شرط الشيخين ، ونفى ابن القطان العيب عنه وقال : هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ، ومن طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع ، ولا يضرّ على أصلنا على ماعرف . قال المصنف (ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع الإستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار ، وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا» ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص ، وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب . وروى الطحاوي في مشكل الآثار :

(قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى ، لأن تقريره والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام «ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعليّ غلامين أخوين صغيرين ثم قال له : مافعل الغلامان ؟ فقال : بعت أحدهما ، فقال : أدرك أدرك . ويروى : اردد اردد» . ووجه الاستدلال بالأول هو الوعيد ، وبالثاني تكرار الأمر بالإدراك والرد ، والوعيد جاء للتفريق والأمر بالإدراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع ، فقلنا بكراهة البيع لإفضائه إلى التفريق وهو مجاور ينفك عنه بجواز أن يقع ذلك بالهبة ، والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير ، وتعاهد الكبير للصغير ، وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ، وفيه ترك المرحمة على الصغار ، وقد أوعد النبي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم «من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» إن كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ، ويجوز

(قوله والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول : على أن تكون مامصدرية (قوله ووجه الاستدلال بالأول) أقول : لاحاجة في صحة الاستدلال بأدرك واردد إلى التكرار . نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الأمر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدة وولدها» الحديث) أقول : الدعوى عامة ، والحديث مخصوص بالوالدة والولد .

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لايدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ، ولابد من اجتماعهما فى ملكه

حدثنا يونس بن عبد الأعلى ، حدثنا ابن وهب ، أنبأنا مالك بن أبي الخير الزيادى عن أبي قنبل عن عبادة ابن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال « ليس منا من لم يبجل كبيرنا ويرحم صغيرنا » وعلى نحو الأول رواه البخارى فى كتابه المفرد فى الأدب من حديث أبي هريرة ، وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لاشك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم . قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لايدخله محرم غير قريب) كمحرم الرضاع وامرأة الأب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) ومورده كان فى المحرمية كما فى الوالدة وولدها والأخوين . فإن قيل : لوكان كذلك وجب أن لايمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها لأن النص ما ورد إلا فى الوالدة والأخوين . فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا وهو المفهوم الموافق فى عرف الشافعية للقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الوالد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين ، فعلم أن لاقصر على الولاد بل القرابة المحرّمة فتثبت فى الخال والخالة بالدلالة ، ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الأولوية فى الدلالة والمفهوم . بقى إيراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة ، منها الثلاثة التى ذكرها المصنف وهى : ما إذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية ، أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع أنه فى دفعه غير مجبور إذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وإن كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعا أو يمسكهما كما فى مصراعى الباب إذا وجد بأحدهما عيبا . والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولد الأمة وحينئذ جاز بيعه الآخر . والخامسة أن يكون لحربى

أن يكون المراد فى قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا » ثم المنع عن التفريق إنما هو باعتبار استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا فى صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالامحرمية بينهما أصلا ، حتى لو كان أحدهما أخا رضاعيا للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لأن النص النافى ورد بخلاف القياس ، لأن القياس يقتضى جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما فى الكبيرين ، وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والأخوان . قيل : فى كلام المصنف تناقض ، لأنه علل بقوله ولأن الصغير يستأنس بالصغير ، وقال : ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ، ثم قال : لأن النص ورد بخلاف القياس ، وما كان كذلك لايكون معلولا فجاء التناقض . والجواب ما أشرنا إليه فى تفسير كلامه أن مناط حكم المنع عن التفريق إنما هو استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرّمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه ، لابيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه ، فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس . وإذا ظهر هذا تبين أنه ليس فى القرابة والمحرمية ، ولا مافيه ضرر ما يساوى القرابة المحرمة للنكاح وما لاضرر فيه حتى يلحق بها . فلا يرد ما قيل فى الكتب لوكان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرّمة للنكاح لما جاز

(قوله فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه) أقول : دعوى المساواة فيما إذا كان أحدهما عما أو خالا ، لمورد النص مشكلة =

لما ذكرنا ، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لابأس ببيع واحد منهما ، ولو كان التفريق بحق مستحق

مستأمن فباع أحدهما ، فللمسلم أن يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشترى . والسادسة لو كانوا ثلاثة فى ملكه أحدهم صغير حل بيع أحد الكبيرين مع أنه يصدق التفريق بين الصغير والكبير . والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلامال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالإخراج عن ملكه . والثامنة لو كان الولد مراهقا

التفريق عند وجود هذه العلة ؛ لكنه جاز فى سبعة مواضع وإن كان أحدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ . والأول من المواضع السبعة ما إذا صار أحدهما فى ملكه إلى حال لايمكنه بيعه كما إذا دبره أو استولده إن كانت أمة فإنه لابأس ببيع الآخر وإن حصل التفريق . والثانى إذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فإن للمولى أن يدفع وفيه تفريق مع أنه مخير بين الدفع والفداء ، وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة . والثالث إذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء أحدهما ، وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء . والرابع إذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحسانا وإن لزم التفريق . والخامس إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيبا كان له رد المعيب فى ظاهر الرواية ولزم التفريق . والسادس جاز إعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق . والسابع إذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا أمه ولزم التفريق . وإذا تأملت مامهد لك آنفا ظهر لك عدم ورودها فإن ماخلا الأخيرين يشتمل على الضرر ، أما الأول فلأن بيع أحدهما لما امتنع لمعنى شرعى لومنع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . لايقال : المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له أضرار فكيف تحمل لأنه لو لم يتحمل ذلك لزم إهمال الحديث . وأما الثانى فلأنه لو ألزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر . وأما الثالث فلأن منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض ، فإن الحربى يدخلهما دار الحرب فينشآن فيها ، وضرر ذلك ظاهر فى الدنيا لعرضية الأسر والقتل وفى الآخرة ، لأن ظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم . وأما الرابع فلأن منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر إضرار للمولى . وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روى عن أبى يوسف . وعلى ظاهر الرواية إنما جاز لأن رد السالم عن العيب حرام من كل وجه ، وفى إلزام المعيب إضرار للمشترى فيتعين رده دفعا للإضرار عنه . وأما فى السادس فلأن الإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه ، لأن المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ، ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ماحصل المعنى الموجب فى إبقائهما جميعا مع زيادة وصف وهى استبداده بنفسه . وأما فى السابع فلأن المنع عن التفريق للاحترازعن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر ، فما عدا الأخيرين ضرر فلا يكون فى معنى مالاضرر فيه من كل وجه فيلحق به . وأما السادس فلا تفريق فيه ؛ وأما السابع فمن قبيل إسقاط الحق ، ثم لابد من اجتماعهما فى ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لابأس ببيع أحدهما لأن التفريق لايتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له أوكبيرا وهما فى مؤنته أولا وسواء كان زوجته أومكاتبته ، ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء إذا كانا فى ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولوكان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره فى أثناء الأسئلة وجوابها .

وللإشارة إلى ذلك قال عنى (قوله أولزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول : فإنه ظهر أن العلة هى الرحم المحرمية الغير المستلزم ضررا بالمالك وبالصغير قصدا (قوله وأما الثالث فلأن منع التفريق الخ) أقول : فيه بحث .

لابأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . قال (فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايجوز فى قرابة الولاد ويجوز فى غيرها . وعنه أنه لايجوز فى جميع ذلك لما روينا ، فإن الأمر بالإدراك والرد لايكون إلا فى البيع الفاسد .

فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه . فالجواب عن الثلاثة الأول ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن المنظور إليه) فى منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) إلحاق (الضرر به) أى بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم، فلو منعنا التفريق كان إلزاما للضرر بالمالك ، والعلة هى ماذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك، فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها ، وبهذا يجاب عن الرابع إذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف فى ماله رأسا ، بخلاف ماقبل التدبير فإنه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما . وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم ، فإنه إن لم يشتره أحد يذهب به إلى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لأنه ضرر الدين والدنيا ، فالدين ظاهر والدنيا تعريضه على القتل والسبى ، والسبى هلاك ، ويجىء ما ذكرنا على المذهبين فى تخصيص العلة وعدمه . وعن السادس بأن العلة ماهو مظنة الضياع والاستيحاش ، وقد بقى له من يقوم مقام الثالث . على أن فى رواية عن أبى يوسف يمتنع بيع الثالث فى الكفاية قد اجتمع فى الصغير عدد من أقاربه لايفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال ، أو اتحدت كخالين عند أبى يوسف لأنه يستوحش بفراق الكل . وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لاالتفريق فإن المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حيثما كان وأينما صار . وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم فآل الكل إلى عدم العلة فى الحقيقة . ومن صور جواز التفريق ما فى المبسوط إذا كان للذمى عبد له امرأة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمى على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقا بينه وبين أمه لأنه يصير مسلما بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله فإن فرق كره ذلك وجاز العقد) إذا كان المالك مسلما حرا أو مكاتبا أو مأذونا ، أما إذا كان كافرا فلا لأنهم غير مخاطبين بالشرائع . والوجه أنه إن كان التفريق فى ملتهم حلالا لايتعرض لهم إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وإن كان ممتنعا فى ملتهم لايجوز (وعن أبى يوسف رحمه الله لايجوز فى قرابة الولاد ويجوز فى غيرها، وعنه أنه لايجوز فى جميع ذلك) أى قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث على رضى الله عنه وقول النبى صلى الله عليه وسلم «أدركهما وارتجعهما »فإن الأمر بالإدراك والارتجاع

وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال : إذا جنى أحدهما أنه يستحب الفداء لأنه مخير بين أن يدفع أو يفدى فكان الفداء أولى . قال (فإن فرق كره ذلك وجاز العقد الخ) فإن فرق كره ذلك، وإطلاق التفريق يدل على أنه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة فى الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز . وعن أبى يوسف أنه لايجوز فى قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها . وعنه لايجوز فى جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلى« أدرك أدرك » ولزيد بن حارثة «اردد اردد » فإن الأمر بالإدراك والرد لايكون إلا فى البيع الفاسد . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله ، والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع

(قال المصنف : لا الإضرار به) أقول : قال ابن الهمام : أى بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث . (قوله وإطلاق التفريق يدل الخ) أقول : لايخفى عليك أن قوله وجاز البيع يدل على التقييد ، نعم لا كلام فى إطلاق التفريق الواقع فى الحديث .

ولهما أن ركن البيع صدر من أهله فى محله ، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام (وإن كانا كبيرين فلابأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس فى معنى ماورد به النص، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام فرّق بين مارية وسيرين

لايكون إلا فى البيع الفاسد (ولهما أن ركن البيع صدر من أهله فى محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهى للمجاورة لايوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيام) على سوم أخيه ، وحينئذ يجب تأويل الأمر بالإدراك والارتجاع على طلب الإقالة مع ظهور أن يقيله رغبة فى ثواب الإقالة أو أن يبيع الأخ لآخر منه . واعلم أن مدة منع التفريق إنما تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض . وذكر فيه حديثا فى المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم «لاتجمعوا عليهم بين السبى والتفريق مالم يبلغ الغلام والجارية» وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام «لاتفرقوا بين الأم وولدها ، فقيل إلى متى ؟ فقال : إلى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية» رفعه فى المبسوط وهو قول الشافعى : وفى أظهر قوليه إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب ، وإلى زمان سقوط الأسنان ، والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التنقيح ، وقال : الأشبه أنه موضوع ، وسببه أن فى سنده عبد الله ابن عمرو بن حسان ، قال الذهبى : كذاب ، وقيل رماه ابن المدينى بالكذب ، غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا . وقال بعض مشايخنا : إذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به لأنهما من أهل النظر لأنفسهما، وربما يريان المصلحة فى ذلك (قوله وإن كانا كبيرين فلابأس بالتفريق بينهما لأنه ليس فى معنى ماورد به النص) ليثبت فيه المنع إلحاقا بالدلالة إذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم فرّق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة ، ذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب . قال البزار بعد أن غلطه للحديث طريق ذكرها ، لكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن إسماعيل ودلهم بن دهثم انتهى . وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : «أهدى المقوقس القبطى لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها ، فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهى مارية أم إبراهيم . وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهى أم عبد الرحمن بن حسان» وذكر أن هذا الحديث فى صحيح ابن خزيمة، وأخرجه البيهقى بسند آخر فى دلائل النبوّة مرسلا «أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن أبى بلتعة إلى المقوقس ، إلى أن قال : وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهى أم زكريا بن جهيم الذى كان خليفة عمرو ابن العاص على مصر» وهذا مخالف لما تقدم . وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقى بسنده إلى حاطب قال : «بعثنى

وقت النداء وهو مكروه لافاسد كالاستيام . والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما (قوله وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس فى معنى ما ورد به النص يشير إلى أن مراده فيما تقدم الإلحاق بدلالة النص كما قررناه، وقد صح «أن النبى صلى الله عليه وسلم فرّق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين» روى «أن أمير القبط أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين أختين وبغلة ، فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سرية فولدت له إبراهيم وهى مارية، ووهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين» بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر فى كتاب الاستيعاب ، وهذا كله إذا كان المالك مسلما حرا

(قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول : فى «أدرك ، واردد» (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول : فى أدرك ثم لفظ أو هاهنا لمنع الخلو .

وكانتا أمتين أختين » .

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المقوقس ملك الإسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث إليّ وجمع بطارقته ، إلى أن قال : وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد ، فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم : واحدة وهبها لأبي جهيم بن حذيفة العدوى ، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت » فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه ، وليس في شيء منها أن الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال. لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدى بإسناد له: أن المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال : فارجع إلى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لين وغير ذلك، وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أثواب فارحل من عندى ولا تسمع منك القبط حرفا واحدا » فهذا مع توثيق الواقدى دليل على المطلوب ، وقد أسلفنا توثيقه ، وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ، ونقله أحمد بن عبد الله الطبرى عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب أمهات المؤمنين فالله أعلم بذلك ، وإنما بوّب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذى في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال : «خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة ، إلى أن قال: فجئت بهم إلى أبي بكر وفيهما امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب ، فنفلني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لى النبي صلى الله عليه وسلم : ياسلمة هب لى المرأة ، فقلت هى لك ، ففدى بها أسارى مكة » انتهى مختصرا فهذا التفريق وإن كان من فعل أبي بكر لكن لاشك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها إلى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها ، فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين ، والله أعلم .

[فروع] إذا كان مع الصغير أبواه لايبيع واحدا منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم . وروى هشام عن محمد أنهم لايباعون إلا معا اعتبارا لاختلاف الجهة . والصحيح ماذكر في ظاهر الرواية لأن شفقة الأم تغنى عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها ، فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة ، والجدة كالأم ، فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ، ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا إلا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ، ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار ، في رواية الأمالي لايباع واحد منهم ، والصحيح أنه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لأن الشفقة أمر باطني لايوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب ، وعند الاتحاد في الدرجة والجهة أحدهما يغنى . وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا ، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة ؛ ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة . القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما ، وفي الاستحسان لايباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذى بيع فيمتنع احتياطا فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وإن كانوا في درجة ، فإن كانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمة لايفرق ، ولكن يباع الكل أو يمسك الكل ، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين

كان أو مكاتبا أو مأذونا له ، وأما إذا كان كافرا فلا يكره التفريق لأن مافيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع .

(باب الإقالة)

(الإقالة جائزة فى البيع بمثل الثمن الأول) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل

والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ، ومثل الخالة والعمة أخ لأب وأخ لأم ، والله الموفق.

(باب الإقالة)

مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد، والمكروه أنه إذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ، ولا يكون ذلك إلا بالإقالة إلى آخر ماذكر فى النهاية وتبعه غيره ، وهومصرح بوجوب التفاسخ فى العقود المكروهة السابقة ، وهو حق لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان . وأيضا الإقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعى سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد ، والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الإثبات . ثم قيل : الإقالة من القول ، والهمزة للسلب ، فأقال بمعنى أزال القول : أى القول الأول وهو البيع كأشكاه أزال شكايته . ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول ، ولأنه ذكر الإقالة فى الصحاح من القاف مع الياء لامع الواو ، وأيضا ذكر فى مجموع اللغة : قال البيع قيلا وإقالة فسخه (قوله الإقالة جائزة فى البيع بمثل الثمن الأول) عليه إجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ») أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته » زاد ابن ماجه « يوم القيامة » ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين . وأما لفظ نادما فعند البيهقى . قال المصنف (ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما) التى لها شرع البيع وغيره . ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى إنما يفيد مجرد جواز الإقالة ، وأما

(باب الإقالة)

(الإقالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد ، والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها إياهما ، وهى من القيل لا من القول ، والهمزة للسلب كما ذهب إليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهى جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ندب صلى الله عليه وسلم إليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب إخبارا أو ادعاء ، وكلاهما لا يكون إلا لمشروع ، ولأن العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما ، وشرطها أن تكون بالثمن الأول (فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل

(باب الإقالة)

فإن قيل : ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالإقالة ؟ قلنا : المراد من المبادلة فى تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع بقرينة مقابلة الإقالة البيع (قوله وهى من القيل لا من القول) أقول : فى مجموع اللغة قال البيع قيلا وإقالة فسخه (قوله والهمزة للسلب) أقول : فأقال بمعنى أزال القول : أى القول الأول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الأول الخ) أقول : لو كان شرطا لانتفى بانتفائه ، وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه .

ويرد مثل الثمن الأول) والأصل أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما إلا أن لايمكن جعله فسخا فتبطل ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وعند أبى يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لايمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لايمكن فتبطل . وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لايمكن فتبطل .

لزوم كونه على الثمن الأول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذى مهده بقوله (والأصل) أى الأصل فى لزوم الثمن الأول حتى يبطل الأقل والأكثر (أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوت الحال الأول هو برجوع عين الثمن الأول إلى مالكه كأن لم يدخل فى الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفى غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والأجل . نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة إلى غيرهما حكم البيع كما سنذكره (فإن لم يمكن جعله فسخا) كأن ولدت المبيعة بعد القبض ، وكما إذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك (تبطل . هذا قول أبى حنيفة رحمه الله . وعند أبى يوسف هى بيع إلا أن لايمكن جعله بيعا) بأن وقعت الإقالة قبل القبض فى مبيع منقول فتجعل فسخا . فإن تعذر كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل ؛ وعند محمد قلب قول أبى يوسف فهى فسخ إلا أن يتعذر فبيع إلا إن تعذر فتبطل ؛ والعجب أن قول أبى يوسف كقول أبى حنيفة رحمه الله فى أن الإقالة تصح بلفظين أحدهما مستقبل ، كما لو قال أقلنى فقال أقلتك مع أنها بيع عنده والبيع لاينعقد بذلك على ماسلف . ومحمد يقول إنها فسخ ويقول : لاتنعقد إلا بالمضى فيهما لأنها كالبيع فأعطى بسبب الشبه حكم البيع . وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لاتجرى فى الإقالة ، فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع ، هكذا فى شرح القدورى ، وذكره فى الدراية . والذى فى فتاوى قاضيخان أن قول أبى حنيفة كقول محمد . وفى الخلاصة اختاروا قول محمد ، ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ، ويجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل ، كما إذا قطعه قميصا فى فور قول

ويرد مثل الثمن الأول ، والأصل فى ذلك أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين) ولهذا بطل مانطقا به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه . ولو باع البائع المبيع من المشترى قبل أن يسترده منه جاز ، ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيعا جديدا فى حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع ؛ ولو كان فسخا فى حق غيرهما لم يكن له ذلك ، وشرط التقابض إذا كان البيع صرفا فكانت فى حق الشريعة بيعا جديدا ، وهذا لأن لفظها ينبئ عن الفسخ كما سنذكره ، ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضى ، وجعلها فسخا أو بيعا فقط إهمال لأحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى ، فجعلناها من حيث اللفظ فسخا فى حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا فى حق غيرهما ، فإن تعذر فجعلها فسخا بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولدا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع ، وهذا عند أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف هى بيع إلا أن يتعذر جعلها بيعا ، كما إذا تقايلا فى المنقول قبل القبض فيجعل فسخا إلا إن تعذر جعلها فسخا فتبطل ، كما إذا تقايلا فى العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر ذلك ، كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا تعذر ذلك فتبطل كما فى صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه . استدل محمد بالمعنى اللغوى فقال : إن اللفظ للفسخ والدفع : يعنى أن حقيقة ذلك يقال

لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ، ومنه يقال : أقلنى عثراتى فتوفر عليه قضيته . وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ؛ ألا ترى أنه بيع فى حق الثالث : ولأبى يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضى ، وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع. ولأبى حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا ، والأصل إعمال الألفاظ فى مقتضياتها الحقيقية .

المشترى أقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركت . وجه قول محمد (أن اللفظ) أى لفظ الإقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فإنه (يقال : أقلنى عثرتى) بمعنى أسقط أثرها باعتبارها عدما بعد وجودها . وهو المراد بالفسخ إذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول فى الوجود (فيوفر عليه قضيته . وإذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع . ولأبى يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضى . وهذا هو حدّ البيع) وخصوص اللفظ لاعبرة به . غاية الأمر أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كما فى التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الإقالة (بهلاك المبيع) بعد الإقالة قبل الرد . ووجب للذى كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشترى (وهذه أحكام البيع) فإذا ترتبت على شىء كان بيعا . غير أنه إذا تعذر جعله بيعا كما إذا وقعت فى منقول قبل قبضه صرنا إلى مجازه بجعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن . وكونه لايبتدأ عقد البيع بإنشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ . فإنه قال : يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الإقالة . وانتفاؤه فى الصحيح لعدم تقدم البيع . وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولأبى حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع) على ماقلنا لمحمد رحمه الله (والأصل إعمال الألفاظ فى مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة إلى ثالث لايستلزم كونه من حقيقته ، إذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الإقالة بيعا لذلك . فإن قيل : فتكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال

فى الدعاء أقلنى عثرتى ، وإذا أمكن العمل بالحقيقة لايصار إلى المجاز فيعمل بها ، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه بيع فى حق ثالث . واستدل أبو يوسف بمعناه فإنه مبادلة المال بالمال بالتراضى وليس البيع إلا ذلك . واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة . وعورض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة وليس كذلك . وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ ، وبالفرق بعد التسليم بأنه إذا قال ابتداء أقلتك العقد فى هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها بيعا لأن الإقالة إنما أضيفت إلى ما لاوجود له فتبطل فى مخرجها ، وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى ما له وجود : أعنى به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من إرادة المجاز من اللفظ فى موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز إرادة المجاز فى سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز . وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الإقالة بيعا مجازا وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لايجوز . والثانى أن

(قوله واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول : منقوض بما إذا كانت الإقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فإنها حينئذ فسخ إجماعا مع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من إرادة المجاز الخ) أقول : أى المعنى المجازى (قوله وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة) أقول : ألا يرى أنه يجعله فسخا إذا لم يكن جعله تبعا . ولك أن تقول: يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة، فالمعنى لايلزم من إزالة المعنى المنقول إليه فى موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل إليه إرادة المعنى المنقول إليه فى سائر الصور عند علم النقل وعليك بالتدبر . فإن قيل : بماذا ثبت النقل ؟ قلنا : باستعماله فى عرف الشرع فى مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة ، ويترتب عليه أحكام البيع على مايفهم من كلام أبى يوسف ، فمنده مجاز شرعى فى الفسخ .

ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده واللفظ لايحتمل ضده فتعين البطلان ، وكونه بيعا فى حق الثالث أمر ضرورى لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لامقتضى الصيغة ، إذ لاولاية لهما على غيرهما .

إذا ثبت هذا نقول : إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول

بالتراضى لا لثبوت اللوازم الخارجية . قلنا : إنما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لاتراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك : أى بأنه وضع بهذا الاعتبار وإلا رجع إلى مجرد الاصطلاح : على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا أو بقيد أن لايكون تراجعا ، والأحكام الشرعية لاتختلف باختلاف الاصطلاح فى الألفاظ . بقى أمر آخر هو أنها لم تستعمل فى البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ ، لأنه) أى الرفع الذى هو المعنى الحقيقى (ضده) أى ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه ، وهذا طريق الفقهاء لأن الاستعمال فى الضد إنما يكون لتهكم أو تمليح وليس ذلك فى الفقه أو يكون لمشاكلته للفظ وقع فى صحبته كجزاء سيئة سيئة ، وليس هنا ذلك (فتعين البطلان ، وكونه بيعا فى حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا إياه مجازا عنه ، ولكن (لأمر ضرورى) وهو أنه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو الملك) ببدل ظهر فى حق غيرهما ، إذ لاولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا فى حق غيرهما ، ولئلا يفوت مقصود الشارع فى بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة ، فإذا فرض ثبوت ذلك فى عودها إلى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله إذا ثبت هذا) أى هذا الخلاف فى هذا الأصل (فنقول تفريعا عليه) إذا شرطا (فى الإقالة) الأكثر (كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين (فالإقالة على الثمن الأول) عند أبى حنيفة ويبطل شرط الزيادة

قوله أقلتك العقد فى هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد ، وذلك يقتضى نفى سابقة العقد . واستدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه ، والأصل إعمال الألفاظ فى حقائقها ، فإن تعذر ذلك صير إلى المجاز إن أمكن وإلا بطلا ، وهاهنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لأنه لايحتمله لكونها ضده ، واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز كما عرف فى موضعه . فإن قيل : الإقالة بيع جديد فى حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك . أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز ، إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة ، وهذا ليس كذلك إذ لاولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا فى حقه ، بل هو أمر ضرورى ، لأنه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع تبدل ظاهر موجبه فى حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين فى محل واحد ، وتقريره بوجه البسط أن البيع وضع لإثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته ، والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله ، وثبوت الملك للبائع من ضروراته ، فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت فى المبايعة ، فاعتبر موجب الصيغة فى حق المتعاقدين لأن لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم فى حق غيرهما لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما . ووجه آخر أن المدعى أن كون الإقالة بيعا جديدا فى حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لأن كونها فسخا بمقتضاها ، فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو

(قوله معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد الخ) أقول : مستعينا بالله تعالى : لا نسلم أن معناه ذلك ، بل معناه بعتك هذا العبد الذى كنت بعته منى سابقا ، فإنه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما فهذا المحل على ماينادى عليه كلام المجيب . وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة فى حق الحكم عند أبى يوسف ومحمد كما حقق فى علم الأصول (قوله وذلك يقتضى نفى سابقة العقد) أقول : الأولى أن يقول لايقتضى سابقة العقد (قوله لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول : ليصرفا موجب البيع عنه .

لتعذر الفسخ على الزيادة ، إذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لاتبطل بالشروط الفاسدة . بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها فى العقد فيتحقق الربا أمالايمكن إثباتها فى الرفع ، وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث فى المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء مافات بالعيب . وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبى يوسف رحمه الله . وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فإذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع ، وكذا فى شرط الأقل عند أبى يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده ، وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لاسكوت عن بعض الثمن الأول ، ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى ، بخلاف ما إذا زاد . وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه

(لأن الإقالة لاتبطل بالشروط الفاسدة) وإنما بطل لأن الإقالة رفع ماكان لارفع مالم يكن (لأن رفع مالم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة. توضيحه أن رفعه على مائة ترجع إلى المشترى والحال أنه لم يكن فى الوجود العقد بمائة رفع مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا إلا أن أصل العقد له وجود، وإياه عنيا بالإقالة، غير أنهما زاداه شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعهما ويبطل بالشرط الفاسد الذى زاداه (بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها فيه ويتحقق به الربا) ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور إثباتها فى الرفع (وكذا إذا شرط الأقل) عنده يصح بقدر الثمن الأول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الأول (إلا أن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعلا للحط بإزاء ما فات بالعيب (وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبى يوسف) وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا ، وكذا فى شرط الأقل عند أبى يوسف يصح به لأنه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول) باعتباره مريدا للأول لكنه سكت عن بعضه (ولو سكت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسخا) عليه ، فإذا سكت عن بعضه (أولى ، بخلاف ما إذا زاد ، ولو دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا) من جعل الحط بإزاء مانقص من العيب .

محال . والجواب لأبى حنيفة رحمه الله عما استدل به أبويوسف من ثبوت الأحكام ماقيل: الشارع يبدل الأحكام فلا يغير الحقائق فإنه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا ، وفساد الإقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن يغير ويثبت فى ضمن الإقالة ، وأما الإقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التى هى الفسخ . إذا ثبت هذا : أى ماذكر من الأصل نقول : إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة ، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله ، والفسخ على الزيادة ليس كذلك لأن فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الإقالة لأنها لاتبطل بالشروط الفاسدة ، لأن الشرط يشبه الربا لأن فيه نفعا لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض ، والإقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر فى صحة الإقالة كما لايؤثر فى صحة البيع ، بخلاف البيع فإن الزيادة فيه إثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الربا ، ولأن فى الشرط شبهة الربا وهى معتبرة ، وكذا إذا شرط الأقل من الثمن الأول لما بينا من أن رفع مالم يكن ثابتا محال ، والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا إلا أن يحدث فى المبيع عيب فجازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب . وصورة هذه المسائل الثلاث : ما إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم صحت الإقالة ، وإن تقايلا بألف وخمسمائة صحت بالألف ولغا ذكر الباقى ، وإن تقايلا

(قال المصنف : إما لايمكن إثباتها فى الرفع) أقول : لفظ إما هنا ليس فى مقامه ، والظاهر أن يقول بدله لكن .

ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا عندهما بيع لما بينا . ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ . وعندهما تكون بيعا والإقالة قبل القبض فى المنقول ، وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ، كذا عند أبي يوسف رحمه الله فى المنقول لتعذر البيع . وفى العقار يكون بيعا عنده لإمكان البيع ، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده .

[فرع] باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ماجف فنقص وزنه لايجب على المشترى شيء لأن كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الأول) بأن كان دراهم فأقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا ، وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد إذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعنى بعد القبض (ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة إذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع ، بخلاف ماقبل القبض . والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرش والعقر إذا كانت قبل القبض لاتمنع الفسخ والرفع ؛ وإن كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده ، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها . والإقالة لاتصح على قوله إلا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهما لو تقايلا فى منقول فقبل أن يسترد

بألف الإمانة ، فإن لم يدخلها عيب صحت بألف ولغا النقص ووجب على البائع رد الألف على المشترى ، وإن دخلها عيب صحت الإقالة بما شرط ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب ، لأنه لما احتبس عند المشترى جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن . وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار مايتغابن الناس فيه أو لا . وقال بعض المشايخ : تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وإن كانت فسخا ، لكنه فى الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن ، فإذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الإلغاء . ولا فرق فى الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع ، وعند محمد الفسخ ممكن فى فصل النقصان لأنه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى . واعترض بأن كونه فسخا إذا سكت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق ، والأول رد المختلف على المختلف ، والثانى غير ناهض لأن أبا يوسف إنما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن ، بخلاف صورة النقصان . فإن فيها مايصلح ثمنا . فإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل : يعنى بالاتفاق ، لما بينا أن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب ، ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا ، وعندهما بيع لما بيناه من وجه كل واحد منهما فى فصل الزيادة ، ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الإقالة عنده لأن الولد مانع من الفسخ . هذا إذا ولدت بعد القبض ، أما إذا ولدت قبله فالإقالة صحيحة عنده . وحاصله ماذكره فى الذخيرة أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا ، فإن كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والأرش والعقر ، لأن الزيادة قبل القبض لاتمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة ، وإن كانت

(قوله والأول رد المختلف على المختلف) أقول: رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده ، وله نظائر فى هذا الكتاب ، مع أن المقصود من هذا الكلام إثبات أن ذلك مذهبه فليتأمل (قوله يعني بالاتفاق) أقول : اتفاق أبي يوسف لايخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع .

(قال وهلاك الثمن لايمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لأن رفع البيع يستدعى قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

المبيع من المشترى باعه من المشترى ثانيا جاز البيع ، خلافا لأبى يوسف لأن الممتنع البيع قبل القبض فى البيع لا الفسخ . ولو باعه من غير المشترى لايجوز اتفاقا لأنه بيع فى حق الغير ، ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشترى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وثمرة كونها بيعا فى حق غيرهما فى مواضع أيضا : منها أن المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة فى أصل البيع ثم تقايلا وعاد إلى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة فى الإقالة اتفاقا . ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا فى صحة الإلة لأقانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا فى حق الشرع . ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشترى ثم إن البائع اشتراه من المشترى بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل فى حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد . ومنها أن السلعة لو كانت هبة فى يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لأن البائع فى حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لايمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكما لأنه عين متعين ، بخلاف الثمن لأنه إما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما إذا لم يشر إلى نقد ، وإما مال حكما لاحقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بمثله فى ذمته ، والدين مال حكما لاحقيقة ، ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية ، وهبة العين لاتصح بلا قبول بحال ، ولا تتأدى زكاة العين بالدين لأن الدين أنقص من العين فى المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص ، ولذا لم يحنث من حلف لامال له وله ديون عظام ، وإذا كان للمبيع هذه المزية وجب إظهارها ، وقد تعذر ذلك فى ابتداء البيع لأن حاجته إلى المبيع والثمن سواء ، فأظهرناها فى البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا إلى قيام المبيع ، فإذا هلك ارتفع البيع وإن كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الإقالة ، إذ رفع مالاوجود له لايتصور ، وإنما جازت الإقالة فيما إذا كان رأس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم إليه ثم هلك باعتبار أن السلم فى هذا كبيع المقايضة لأن المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ، ولذا لايجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الإقالة ، ويضمن قيمة الهالك أو مثله فى الإقالة كما فى حقيقة المقايضة كما سنذكر . أما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك أحدهما أيا كان

الزيادة بعد القبض ، إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبى حنيفة لأنه لايصححها إلا فسخا وقد تعذر حقا للشرع ، وإن كانت متصلة فهى صحيحة عنده لأنها لاتمنع الفسخ برضا من له الحق فى الزيادة ببطلان حقه فيها ، والتقايل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخا ، والإقالة فى المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع ، وأما فى غيره كالعقار فإنه فسخ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وأما عند أبى يوسف فبيع لجواز المبيع فى العقار قبل القبض عنده . قال (وهلاك الثمن لايمنع صحة الإقالة الخ) هلاك الثمن لايمنع صحة الإقالة ، وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعى قيام البيع ، فإن رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لأن الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع ، بخلاف الثمن لأنه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وإن لم يكن موجودا كما عرف فى الأصول . ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة فى الباقى لقيام المبيع فيه ، ولو تقايضا جازت الإقالة بعد هلاك أحدهما : أى أحد العوضين ابتداء بأن تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد فى يد بائع الجارية ثم أقالا البيع فى الجارية وجب رد قيمة العبد ، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما ، أما إذا كان أحدهما هالكا وقت الإقالة والآخر قائما وصحت الإقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الإقالة ،

(فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة فى الباقى) لقيام البيع فيه . وإن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا . والله أعلم بالصواب .

فالإقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة فى الباقى لقيام البيع فيه) (قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت : أى تبايعا بيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الإقالة لأن كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه . وعليه تفرع مالو اشترى عبدا بأمة وتقابضا ثم إن مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع فى الأمة جازت الإقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد، وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الأرش ثم أقال البيع فى الأمة . ولو هلك البدلان قبل الإقالة ارتفع البيع فامتنعت الإقالة ، أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الإقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الإقالة أيضا . والفرق بين المقايضة والصرف فإن هلاك البدلين فى الصرف غير مانع من الإقالة . وفى المقايضة مانع أنه فى الصرف لايلزمه رد المقبوض بعد الإقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الإقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما ، بخلاف غيره من البياعات فإنه يتعلق بعين المبيع . ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لايتعين قائم فى يد المسلم إليه رده . وإن كان هالكا فإنما عليه رد مثله ، ولو تقايلاه بعد ماقبض المسلم فيه وهو قائم فى يد رب السلم صحت وعلى ربّ السلم رد عين ماقبضه لأن المقبوض بعقد السلم وإن كان عقدا على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الإسبيجابى .

[فروع] مايمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، ولذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبى تتوقف الإقالة على القبول فى المجلس ، وتجوز الإقالة من الوكيل بالبيع والسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد كالإبراء خلافا لأبى يوسف ، وإقالة الوكيل بالشراء لاتجوز بالإجماع ، وفسخ الموكل مع المشترى جائز . وفى جمع التفاريق : إقالة الوارث جائزة ، وأطلق فى الجامع جواز إقالة الوصى ، وهو مقيد بما إذا لم يبع بأكثر من القيمة ، فإن باع بأكثر منها لاتصح إقالته ، وكذا المتولى أيضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الإقالة ، ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التى وقع العقد عليها لابما دفع وكذا لو رد بالعيب ، وكذا فى الإجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة ، ولو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب انفسخ الأول . وكذا لوعقدا بدراهم ثم جددا بدنانير أو على القلب ، أما لو جددا بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه ، وقالوا لو باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لاينفسخ الأول لأنه مثله ، إذ الحط يلتحق بأصل العقد إلا فى اليمين فيحنث لو كان حلف لايشتريه باثنى عشر درهما . ولو قال المشترى بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فإن باعه جاز وانفسخ الأول ، ولو قال بعه لى أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لايصح فى الوجوه لأنه توكيل . ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لاينفسخ البيع ، ولو وهبه قبل القبض انفسخ : يعنى إذا قبل .

ولايشكل بالمقايضة فإنها لاتبقى إذا هلك أحد العوضين قبل القبض أو كان أحدهما هالكا وقت البيع فإنها لاتصح، مع أن كل واحد منهما فى معنى الآخر لأن الإقالة وإن كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين ، بخلاف المقايضة فإنها بيع على الحقيقة ، ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فألحق

(قوله لأن الإقالة وإن كان الخ) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل بالمقايضة .

(باب المرابحة والتولية)

قال (المرابحة نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ،

ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف العتق باطل . وفي الفتاوى الصغرى : جحود ما عدا النكاح فسخ ، وعليه ما فرع في فتاوى قاضيخان وغيرها . باع أمة فأنكر المشترى الشراء لايحل للبائع وطؤها إلا إن عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لأن جحود المشترى فسخ في حقه ، وإذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما ، وكذا لو أنكر البائع البيع والمشترى يدعى لايحل للبائع وطؤها ، فإن ترك المشترى الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ، ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لأنه أنكر قبض غيرها ، فإن رضى البائع بها حل وطؤها لأن المشترى لما رد أخرى فقد رضى بتملك البائع الثانية بالأولى ، فإذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطى ، وكذا القصار والإسكاف . وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشترى إلى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحسانا ، وللمشترى منه أن ينتفع به وإن كان يعلم ذلك لأن البائع رضى بانفساخ البيع الأول والمشترى كذلك ظاهرا ، ثم ينظر إن كان الثمن الثاني أكثر من الأول فعليه أن يتصدق بالزيادة ، وإن كان أنقص فالنقصان على البائع لاعلى المشترى الأول . ولو اختلف البائع والمشترى فقال المشترى بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشترى مع يمينه في إنكار الإقالة ، فإن كان البائع هو الذى يدعى أنه اشتراه من المشترى بأقل مما باعه والمشترى يدعى الإقالة يحلف كل على دعوى صاحبه .

(باب المرابحة والتولية)

(قوله المرابحة نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ،

بالبيع من كل وجه ، وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد إذا كان قبل القبض ، وإنما قيد بهلاك أحدهما لأن هلاكهما جميعا مبطل للإقالة ، بخلاف التصارف فإن هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الإقالة ، مع أن لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة ، لأنهما لما لم يتعينا لم تتعلق الإقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله سيان ، فصار هلاكهما كقيامهما ، وفي المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين فتى هلك لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الإقالة عليه . واعلم أن الإقالة تصح بلفظين : أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لاتصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع . ولهما أن الإقالة لاتكون إلا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع .

(باب المرابحة والتولية)

(باب المرابحة والتولية)

والتولية نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح)

والتولية نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لوباع دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لايجوز مع صدق التعريف عليه. وأجيب عنه فى بعض المواضع بأنه بيع مرابحة، وكونه لايجوز شىء آخر. واعلم أن معنى السؤال المرابحة جائزة بلا استثناء شىء ، وهذا من مماصدقاته فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز. والجواب عنه بأن المراد

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع فى بيان الأنواع التى تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما ، وقد ذكرنا فى أول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه . وعرّف المرابحة بنقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح . واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس . أما الأول فلأن من اشترى دنانير بالدراهم مرابحة لايجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه . وأما الثانى فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مرابحة ، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لاعقد فيه ، وبأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلوّ التعريف ، وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله ، لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكا للبائع الأول فلا يكون عينه مرادا فى البيع الثانى ، ولا إلى الثانى لأنه لايخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار ، والأول ليس بشرط لما ذكر فى الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مرابحة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوما يجوز به الشراء لأن الكل ثمن . والثانى يقتضى أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصّار والصباغ والطراز وغيرها لأنها ليست بثمن فى العقد الأول ، على أن الثمن ليس بشرط فى المرابحة أصلا ، فإنه لو ملك ثوبا بهبة أو وصية فقوّمه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز ، والمسئلة فى المبسوط . قيل : فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ماملكه من السلع بما قام عنده . والجواب عن الأول أنا لانسلم صدق التعريف عليه ؛ فإنه إذا لم يجز البيع لايصدق عليه النقل . وعن الثانى بأن المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء ، وإذا قضى القاضى بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لايقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب ، والمراد بالمثل هو المثل فى المقدار ، والعادة جرت بإلحاق مايزيد فى المبيع أو قيمته إلى رأس المال فكان من جملة الثمن الأول عادة ، وإذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسئلة المبسوط ، وإنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة فى المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول : من الذى فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الأول ، إلى قوله : فلأن المغصوب) أقول : المسئلة فى قاضيخان (قوله وذلك لأن قوله بالثمن الأول الخ) أقول : الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المرابحة فى الصرف ، والأولى أن يقول : لا سبيل إلى الأول إذ لايتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدراهم) أقول : قوله الدراهم بدل من رأس المال (قوله من الدراهم) أقول : بيان لجنس (قوله أو من غير الدراهم) أقول : عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول : بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول : بأن يكون رأس المال دنانير ، ولا يخفى عليك أن مانقله من ذينك الكتابين إنما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسا لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثانى للأول فى الجنس (قوله والجواب عن الأول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لايجوز البيع الفاسد ، ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ، ويجوز أن يقال المعرف هاهنا المرابحة الصحيحة ، والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعى لأن المطلق ينصرف إلى الكامل ، ثم أقول : ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الأول بأن يقال : المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذى كان الكلام إلى هنا فيه : أعنى السلع ، أو المراد بالعقد الأول العقد المعهود الذى كنا نتكلم فيه وهو بيع العين بالثمن ، فإن السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما ، والفرق بين الجوابين ظاهر ، فإن الأول أشمل (قوله وإذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا الخ) أقول : لابد للمجاز من قرينة وهى غير ظاهرة هنا .

والبيعان جائزان .

نقل ماملكه مماهو بيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول ، فإن كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد أن ماملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم إنما لم تجز المرابحة فى ذلك لأن بدلى الصرف لايتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا . والذى يلزم وروده على التقدير الذى صححنا به الإيراد ما إذا اشتراه بثمن نسيئة لايجوز أن يرابح عليه مع أنه يصدق النقل بالثمن الأول إلا أن يقال إذا كان فيه أجل فالثمن الأول بمقابلة شيئين فلم يصدق فى أحدهما أنه بمثل الثمن الأول . والحق أنه وارد على الطرد ، وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال . وعلى عكسه مسائل : الأولى ما إذا أبق العبد المغصوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاب للغاصب أن يبيعه مرابحة على القيمة التى أداها فهذا بيع مرابحة ، ولا يصدق عليه نقل ماملكه بالثمن الأول ، وكذا إذا باعه مرابحة بما قام عليه ، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقوّمه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة أنه يجوز . وصورة هذه المسئلة أن يقول : قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه . ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه ، وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا ، فإن غبن المشترى فيه فمن قبل جهله . وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ، ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذى اشترى به ، وصرح فى الفتاوى الكبرى فى مسئلة الغصب أنه يقول قام علىّ بكذا ، وجواب الثانية يأتى فى هذا الكتاب ، والثالثة ماذكرنا من أن مبنى المرابحة على عدم الخيانة ، وهو إذا قال قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا . والحق أنه لايدفع ما على عكس الحد ، وهو أن المرابحة نقل ماملكه بالثمن الأول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم . ومما يرد أيضا ما إذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صار إليه العبد بربح معين فإنه يجوز مرابحة ، ولا يصدق عليه أنه بمثل الثمن الأول فإنه بعينه لا بمثله . ويجاب بأن هذا العبد فى حكم عبد آخر لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال : إن النبى صلى الله عليه وسلم إلى آخره . وفى التولية أحاديث لاشبهة فيها : منها ما أخرج عبد الرزاق ، أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « التولية والإقالة والشركة سواء » لا بأس به ، ولا خلاف فى مرسل سعيد : أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه ، إلا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقيله » وحديث أبى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة . وفيه « إن أبا بكر قال للنبى صلى الله عليه وسلم : خذ بأبى أنت وأمى إحدى راحلتى هاتين ، فقال صلى الله عليه وسلم : بالثمن » أخرجه فى بدء الخلق . وفى مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم « قد أخذتها بالثمن » وفى الطبقات لابن سعد : «وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فأخذ إحداهما وهى القصواء» . فما رواه المصنف يصح بالمعنى ، وتفصيله قريب مما ذكر ابن إسحاق فى السيرة قال فيها « فلما قرّب أبو بكر الراحلتين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له : اركب فداك أبى وأمى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا أركب بعيرا ليس لى ، قال : فهى لك يا رسول الله ، قال : لا ولكن بالثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا ، قال قد أخذتها بذلك ، قال هى لك يارسول الله ، فركبا وانطلقا » ذكر السهيلى عن بعض أهل

العقد والثمن الأول ، والجواب الجواب (والبيعان جائزان) لاستجماع شرائط الجواز ، ولتعامل الناس من غير

لاستجماع شرائط الجواز، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع، لأن الغبيّ الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها، وقد صح «أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبى صلى الله عليه وسلم: ولّنى أحدهما، فقال: هو لك بغير شىء، فقال عليه الصلاة والسلام: أما بغير ثمن فلا» قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة (ولو كان المشترى باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشىء من المكيل موصوف جاز) لأنه يقدر على الوفاء بما التزم (وإن باعه بربح ده يازده لا يجوز) لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال.

العلم، أنه سئل لم لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك، وقد دفع إليه حين بنى بعائشة ثنتى عشرة أوقية حين قال له أبو بكر: ألا تبنى بأهلك يارسول الله؟ فقال: لولا الصداق، فدفع إليه ثنتى عشرة أوقية ونشا. والنش هنا عشرون درهما؟ فقال: إنما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم فى استكمال فضل الهجرة إلى الله تعالى، وأن يكون على أتم أحوالها، وهو جواب حسن. وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط فى الشرعية أفاد علتها بقوله (والحاجة ماسة إلى هذا النوع من التصرف لأن الغبيّ الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد) على (فعل المهتدى وتطيب بنفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى أنه لا يحتاج إلى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرطا للصحة، بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما، إذ لا زيادة فيهما إلا اقترانهما بإخبار خاص، إذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا مخبرا بأن ذلك الثمن الذى اشتريت به أو مع زيادة لا أرضى بدونها، ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض) يعنى الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددى المتقارب، بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لأنه لو لم يكن له مثل) بأن اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه أو ولاه إياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهى مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز. أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذى بيدك وربح درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب (جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (بربح ده يازده) فإنه (لا يجوز لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته)

إنكار ولمساس الحاجة، لأن الغبيّ الذى لا يهتدى فى التجارة والصفقة كاشفة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكى المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح، وقد صحت التولية من النبيّ صلى الله عليه وسلم كما ذكره فى الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أى للاحتياج إلى الاعتماد كان مبنى المبيعين: أى بناؤهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها، وأكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك، وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم لأن المعادلة والمماثلة فى ذوات القيم إنما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة فى الأموال الربوية لذلك، وكل ماحرم حرم مايشبهه لأن الحرمة مما يحتاط فيه. قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل الخ) لا تصح المرابحة والتولية فى ذوات القيم لما ذكرنا آنفا أن مبناهما على الاحتراز عن

(ويجوز أن يضيف إلى رأس المـال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المـال فى عادة التجار ، ولأن كل مايزيد فى المبيع أوفى قيمته يلحق به هذا هو الأصل ، وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولم يقل اشتريته بكذا) كى لايكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل ، بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لأنه لايزيد فى العين والمعنى ، وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته ،

فإن معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر ، وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد ، وهذا بناء على أن لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحدعشر : أى كل عشرة ربحها واحد يقتضى أن يكون الحادى عشر من جنس العشرة ، ولا شك أنه غير لازم من مفهوم ذلك ، ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت ، وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده تقتضى أنه باعه بالعبد وببعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه ، وحين عرف أن المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ماذكر وهو أنه باعه بالعبد وببعض قيمته .

[ومن فروع ذلك] اشترى عبدابعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل مانقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين فى العقد الثانى ، والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد ، فإن نسب الربح إلى رأس المـال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لأنه عرف بنسبته إليه .

وفى المحيط : اشترى بنقد نيسابور ، وقال ببلخ قام على بكذا أوباعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المـال على نقد بلخ إلا أن يصدقه المشترى أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة ، وإذا كان نقد نيسابور فى الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المـال والربح على نقد نيسابور ، وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك . واعلم أن المعتبر فى المرابحة ماوقع العقد الأول عليه دون مادفع عوضا عنه ، حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المـال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المـال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ وغيره (والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام) برا أو بحرا (لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المـال فى عادة التجار ، والأصل أن كل مايزيد فى المبيع أو فى القيمة يلحق به) أى برأس المـال (وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته) من الطراز والفتل (يزيد فى العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد فى القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الأماكن) قال فى الإيضاح : هذا المعنى ظاهر ، ولكن لايتمشى فى بعض المواضع ، والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) إذا ضم ماذكر (يقول قام على بكذا ولايقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعى والبيت للحفظ لأنه لايزيد فى العين) ولا القيمة فلا يضم ، وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع ، بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أى فى المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة

الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة فى القيميات إن أمكن ، وقد لايمكن عن شبهها لأن المشترى لايشترى المبيع إلا بقيمة ما وقع فيه من الثمن ، إذ لايمكن دفع عينه حيث لم يملكه ، ولا دفع مثله إذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهى مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة ، إلا إذا كان المشترى باعه مرابحة ممن ملك ذلك البدل

فى المـالية ، ولايخفى مافيه إذلاشك فى حصول الزيادة بالتعلم ، ولاشك أنه مسبب عن التعليم عادة ، وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم كما لاتمنع نسبته إلى الصبغ فإنما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لايضم . وفى المبسوط أضاف نفى ضم المنفق فى التعليم إلى أنه ليس فيه عرف ، قال : وكذا فى تعليم الغناء والعربية ، قال : حتى لو كان فى ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المـال ، وكذا لايلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لاعرف فى النادر والحجامة والختان لعدم العرف ، وتضم أجرة السمسار فى ظاهر الرواية . وفى جامع البرامكة : لاتضم لأن الإجارة على الشراء لاتصح إلا ببيان المدة ، ووجه ظاهر الرواية العرف فيه . وقيل : إن كانت مشروطة فى العقد تضم ، وقيل أجرة الدلال تضم ، كل هذا مالم تجر عادة التجار ، ولا يضم ثمن الجلال ونحوها فى الدوابّ ، وتضم الثياب فى الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة . ويضم علف الدوابّ إلا أن يعود عليه شيء متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد ، بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يرابح مع ضم ما أنفق عليه ، لأن الغلة ليست متولدة من العين ، وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقى وتضم أجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر فى الدار والقناة فى الأرض مابقيت هذه ، فإن زالت لاتضم ، وكذا سقى الزرع والكرم وكسحه ، ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الأعمال لايضم شيئا منها ، وكذا لو تطوّع متطوع

من البائع الأول بسبب من الأسباب فإنه يشتريه مرابحة بربح معلوم من دراهم أو شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم . وأما إذا اشتراه بربح ده يازده مثلا : أى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم ، فإن كان الثمن الأول عشرين درهما كان الربح درهمين وإن كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فإنه لا يجوز لأنه اشتراه برأس المـال ، وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمى كالثوب مثلا أو بجزء من أحد عشر جزءا من الثوب ، والجزء الحادى عشر لايعرف إلا بالقيمة وهى مجهولة فلا يجوز ، ثم الثمن الأول إن كان نقد البلد فالربح ينصرف إليه ، وإن كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب إلى رأس المـال ، فإن كان الأول كما إذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد ، وإن كان الثانى كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يازده فالربح من جنس الثمن الأول لأنه عرفه بالنسبة إليه فكان على صفته . ويجوز أن يضيف إلى رأس المـال أجرة القصار والصبغ والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام ، لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المـال فى عادة التجار ، لأن كل مايزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به ، هذا هو الأصل ، وهذه الأشياء تزيد فى ذلك ، فالصبغ وأخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة لأنها تختلف باختلاف المكان فيلحق به ، ويقول قام علىّ بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كى لايكون كاذبا لأن القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى . وإذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فأنا أبيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل ، بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لأنه لايزيد فى العين ولا فى القيمة ، وبخلاف أجرة التعليم ، فإذا أنفق على عبده فى تعلم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المـال لأن الزيادة الحاصلة فى المـالية باعتبار معنى فى المتعلم وهو الحذق والذكاء لابما أنفق على المعلم ، وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان

فإن اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه (وإن اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله : يحط فيهما . وقال محمد رحمه الله : يخير فيهما) لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما ، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته . ولأبى يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوما فلابد من البناء على الأول وذلك بالحط ، غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وفى المرابحة منه ومن الربح . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط فى التولية لاتبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط

بهذه الأعمال أو بإعارة (قوله فإن اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشترى هذا على المختار . وقيل لاتثبت إلا بإقراره لأنه فى دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور ببينة ولا نكول ، والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فإنها تسمع (فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) وإن اطلع عليها فى التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف : يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية وهو قول الشافعى (وقال محمد : يخيّر فيهما) وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس إلا للتسمية) لأن الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع ، ولا خيار بأنه الثمن الأول فيهما لايتعلق الانعقاد به ، إنما هو (ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبفواته) بظهور أن الثمن ليس ذاك (يتخيّر . ولأبى يوسف أن الأصل فيه) أى فى عقد المرابحة والتولية (كونه تولية ومرابحة) وذلك بالبناء على الثمن الأول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومرابحة عليه (وذلك بالحط غير أنه يحط فى التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفى المرابحة يحطه منه ومن الربح) على نسبته ، حتى لو رابح فى ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسه وهو درهم (ولأبى حنيفة) فى الفرق بينهما كما قال أبو يوسف فى التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لاتبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول) والعقد إنما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف إلى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر

(فإن اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) إما بالبينة أو بإقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبى حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف : يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية (وقال محمد : يخير فيهما) لمحمد أن الاعتبار للتسمية لأن الثمن يجب أن يكون معلوما ولايعلم لا بالتسمية ، وإذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمرابحة ترغيب وترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولأبى يوسف أن الأصل فى هذا العقد كونه مرابحة وتولية) لا التسمية ، ولهذا لو قال وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول والحال أنه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد ، والتسمية كالتفسير فإذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المرابحة والتولية فلابد من بناء العقد الثانى على الأول فيحط الخيانة فى الفصلين جميعا ، غير أنه يحط فى التولية قدرَ الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفى المرابحة من رأس المال والربح جميعا ، كما إذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الأول ثمانية يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان ، ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما (ولأبى حنيفة أنه لو لم يحط فى التولية لاتبقى تولية) لأنها تكون بالثمن الأول وهذا ليس كذلك ، لكن لايجوز أن لاتبقى تولية لئلا يتغير التصرف فيتعين الحط ، وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغير الصرف

وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير ، فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه مايمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لايقابله شىء من الثمن كخيار الرؤية والشرط ، بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط مايقابله عند عجزه . قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه ، فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يبيعه مرابحة على الثمن الأخير) صورته : إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة ، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لايبيعه مرابحة أصلا . وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة فى الفصلين . لهما أن العقد الثانى عقد متجدد منقطع

(و) أما (فى المرابحة لو لم يحط) لاتخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف (وإن كان يتفاوت الربح) فإنه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشترى (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يرده) أو استهلكه (أو حدث فيه مايمنع الفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لايقابله شىء من الثمن كخيار الرؤية والشرط) وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبى يوسف ، فلو هلك المبيع أو انتقص يحط . وقوله فى الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشترى بناء على أصله فى مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشترى ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذى باعه منه بمثل ما باعه (فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان) الربح (استغرق الثمن لم يبعه مرابحة) إلا أن يبين (هذا عند أبى حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد : يبيعه مرابحة على الثمن الأخير) وهو قول الشافعى ومالك رحمهم الله (صورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) ممن باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التى اشتراه بها منه الخمسة التى ربحها (فيبيعه مرابحة) على خمسة (ويقول قام على بخمسة ؛ ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه) ممن باعه منه (بعشرة لايبيعه مرابحة أصلا) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مرابحة على) الثمن الأخير وهو (عشرة فى الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثانى) وإن كان ممن كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع

لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا ، فلو هلك المبيع قبل أن يرده أو استهلكه أو حدث فيه مايمنع الفسخ فى بيع المرابحة ، فمن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شىء من الثمن كخيار الشرط والرؤية) وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره ، بخلاف خيار العيب حيث لايجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب لأن المستحق للمشترى ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط مايقابله عند العجز عن تسليمه ، وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روى عن محمد فى غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشترى . قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح) الكلام فى وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وإنما الكلام فى دليلها (قالا : العقد الثانى عقد متجدد منقطع

الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث . ولأبى حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة ، لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة ،

الأحكام عن الأول) ولذا لو كان فى الأول خيار لايكون فى الثانى ، وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو وضيعة ، ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الأخير ، ولايعتبر ما كان قبله وإلا لم تجز المرابحة أصلا ، وهذا لأن بالشراء الثانى يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ماعرف ، وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة ممن اشترى من المشترى منه بعشرين (ولأبى حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لأنه يتأكد به) أى بالعقد الثانى (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر) المشترى (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه ، فإذا اشتراه منه تأكد : أى تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد فى بعض المواضع حكم الإيجاب كما فى شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد ، وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع فى مسئلتنا مشتريا بالعقد الثانى ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة ، وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة فى المرابحة ملحقة بالحقيقة ولذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة) لأن الغالب فى الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة . فإن قيل : لو كان كذلك ينبغى أن لايجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير فى الشراء الثانى كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض : أجيب بأن التأكيد إنما حصل به شبهة الإيجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة إلى العباد لابالنسبة إلى الشرع ، وشرعية المرابحة لمعنى راجع إلى العباد لا الشرع ، ولذا إذا

الأحكام عن الأول) وهو ظاهر ، وكل ماهو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشترى مشتريه (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح) الحاصل بالعقد الأول ثابتة (بالعقد الثانى لأنه كان على شرط السقوط) بأن يردّ عليه بعيب ، فإذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرط السقوط ، وللتأكيد فى بعض المواضع حكم الإيجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط ، وإذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثانى ثوبا وخمسة دراهم بعشرة ، فالخمسة بإزاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فإنها كحقيقتها احتياطا فى بيع المرابحة ، ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لايبيع الثوب مرابحة على العشرة لأن الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ، ولو وجد الحط حقيقة ماجاز البيع مرابحة ، فكذا إذا تمكنت الشبهة . وعورض بأنه لو كان كذلك ماجاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير فى الشراء الثانى كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض . وأجيب بأن التأكيد له شبهة الإيجاب فى حق العباد احتراز عن الخيانة على ماذكرنا لافى حق الشرع ، وشرعيته جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد فى المرابحة . وأما جواز البيع وعدمه فى شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الإيجاب ، كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين ، بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول

(قوله شبهة حصول الربح الحاصل ، إلى قوله : بالعقد الثانى) أقول : قوله بالعقد الثانى متعلق بحصول (قوله لأنه كان على شرف السقوط الخ) أقول : سيجىء نظيره فى كتاب الإكراه .

بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره . قال (وإذا اشترى العبد المأذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لأن فى هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافى فاعتبر عدما فى حكم المرابحة وبقى الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الأول ، وكأنه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الأول .

رضى المشترى به وقد علم يجوز ، ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما فى الربا لو رضيا به . وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بعشرة . وأجيب بأنه ممنوع فى رواية ، وبتقدير التسليم فالبيع الثانى وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب فى الرجوع لكنه ليس بمال ، ولا تثبت هذه الوكالة إلا فى عقد يجرى فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزداد فى الثمن ، بخلاف ما إذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لأنه معنى يزداد فى الثمن ، وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ، ولا مدخل لذلك فى بيع المرابحة . ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن ، لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعى فى ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستفد المشترى الأول بالشراء الثانى تأكيد الربح وهنا بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه) أى المولى (يبيعه مرابحة على عشرة . وكذلك إذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لأن فى هذا العقد) أعنى الذى جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحا لإفادته ما لم يكن من كسب العبد فى كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالما (فله شبهة العدم) لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ، ولهذا كان للمولى أن يستبقى ما فى يده لنفسه ويقضى دينه من عنده ، وكذا فى كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد فى الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ، ولكن للفائدة التى ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز (مع المنافى) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدما فى حكم المرابحة وبقى الاعتبار لا) عقد (للأول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى فى الفصل الأول) وهو ما إذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) أجل (المولى فى الفصل الثانى) وهو ما إذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الأول) وهذه المسئلة بالاتفاق ، وكذا الجواب إذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق . وقوله فاعتبر عدما فى حكم المرابحة يفيد أنه إنما اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معدوما من وجه . وسببه أن المرابحة بيع أمانة تنفى عنه كل تهمة وخيانة . والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ، ولهذا قال أبوحنيفة : اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء عنه لا يبيع واحد منهم مرابحة إلا على الثمن الذى قام على البائع ، إلا أنهما خالفا فى هذه فقالا : يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الأملاك والحقوق فكانا كالأخوين.

بالشراء الثانى فانتفت الشبهة . قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون (له فى التجارة ثوبا بعشرة) والحال أنه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسةعشر فإن المولى يبيعه مرابحة على عشرة (وكذا إن كان المولى اشتراه وباعه من العبد لأن فى هذا العقد) أى بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافى وهو تعلق حق المولى بمال العبد، وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما فى حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة ، وإذا عدم

قال (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف) لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه وكيل عنه فى البيع الأول من وجه

وأبو حنيفة يقول: مايحصل لكل من هؤلاء كأنه للآخر من وجه، ولهذا لاتقبل شهادة أحدهم للآخر وتجرى المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا، ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به فى الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة، والمشايخ فى تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيخان، ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال: عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط، ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الأئمة فى المبسوط فقال: إذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده، ولا شك أن ذكره وعدمه فى الحكم المذكور سواء، بل إذا كان لايرابح إلا على الثمن الأول فيما إذا كان عليه دين محيط مع أنه أجنبى من كسبه فلأن لايربح إلا عليه فيما إذا لم يكن عليه دين أولى لأنه حينئذ لاينعقد العقد الثانى أصلا إنما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثانى وعدمه، والحكم المذكور على التقديرين لايختلف. ولو اشترى من شريكه سلعة، إن كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا يبين، وإن كانت من شركتهما فإنه يبيع نصيب شريكه على ضمانه فى الشراء الثانى ونصيب نفسه على ضمانه فى الشراء الأول نحو أن تكون السلعة اشتريت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعها مرابحة على ألف ومائة، لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك. ومنه مسئلة الكتاب التى ذكرها بقوله (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف، لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله) وهو وجه المنع لزفر لكنا أجزناه (لما فيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم إلى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه) أى المضارب (وكيل عنه) أى عن رب المال (فى البيع الأول من وجه) وذلك يمنع

البيع الثانى لايبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور فى الأول، وإنما قيد بالدين المحيط برقبته، لأنه لولم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لأنه لايفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لاملك الرقبة ولا ملك التصرف، هكذا قيد محمد رحمه الله فى الأصل، وكذا فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيخان، ولم يقيده الطحاوى والعتابى، والحق قيده لما ذكرنا. قال (وإن كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف) لأن مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفى بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لأن هذا البيع) أى بيع الثوب من رب المال وإن حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فيه شبهة العدم. وجه قول زفر إن البيع مبادلة المال بالمال، وهو إنما يتحقق بمال غيره لابمال نفسه فلايكون البيع موجودا

(قوله وإنما قيد بالدين المحيط برقبته، إلى قوله: والحق قيده لما ذكرنا) أقول: وإنما لم يقيد إذ لامدخل له فى حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مرابحة إلا على الثمن الأول، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثانى وعدمه تأمل، ثم فى قوله والصدر الشهيد بحث، وإن شئت فعليك بمطالعة غاية البيان.

فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح . قال (ومن اشترى جارية فاعوّرت أو وطئها وهى ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شىء يقابله الثمن ، لأن الأوصاف تابعة لايقابلها الثمن ، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لايسقط شىء من الثمن ، وكذا منافع البضع لايقابلها الثمن ، والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء . وعن أبى يوسف رحمه الله فى الفصل الأول

صحة بيعه منه ، كما لايصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لأنه ماله وتصرفه فيه جائز . ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لايجوز حجر رب المال عليه فى البيع . ولو اشترى المضارب جارية لايجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن فى المال ربح (فاعتبر البيع الثانى عدما فى نصف الربح) الذى هو حصة رب المال بمثل ماذكرنا فى التى قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط ، وعلى حصة المضارب من الربح لأن المضارب فى ذلك المقدار بمنزلة الأجنبى فلا يتهم فيه . ولو اشتريا سلعة فاقتسماها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن ، إن كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب جاز بيعه مرابحة ، وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع فى المرابحة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورّت) أى من غير صنع أحد بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرابحة ولايبين) أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهى ثيب) ولم ينقصها الوطء ، وهذا (لأن الأوصاف لايقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة مالم تكن مقصودة بالإتلاف (ولهذا لو فاتت قبل التسليم) إلى المشترى بعد العقد (لايسقط شىء من الثمن ، وكذا منافع البضع لايقابلها الثمن . وعن أبى يوسف فى الفصل الأول) وهو ما إذا اعورّت الجارية

ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فإن فيه استفادة ولاية التصرف لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله فى التصرف فيه ، فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود ، وإذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لأن الانعقاد يتبع الفائدة ؛ ألا ترى أنه إذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده فى عقده لفائدة انقسام الثمن ، وأما أن فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر ، وقد استوضحه المصنف بقوله : ألا ترى أنه يعنى المضارب وكيل عن رب المال فى البيع الأول من وجه ، وعلى هذا وجب أن لايجوز البيع بينهما كما لايجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه ، وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثانى كالمعدوم فى حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة فى أصل الثمن وهو عشرة ولا فى نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك . قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورّت عند المشترى) بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهى ثيب) ولم ينقصها الوطء (جاز له أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شىء يقابله الثمن ، ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم إلى المشترى لايسقط شىء من الثمن ، وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لايقابلها شىء من الثمن . وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشترى إذا وطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيبا ، وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشترى . وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها ، فإما أن يردها ، مع العقر أو بدونه ، لاسبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على مايرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لايرد عليها ، ولا إلى الثانى لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشترى مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبى يوسف أنه لايبيع فى الفصل الأول)

أنه لايبيع من غير بيان ، كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبيّ فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهى بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ، ولو تكسر بنشره وطيه لايبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى مابيناه .

(أنه لايبيع) مرابحة (من غير بيان ، كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر. والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبيّ) بأمر المشترى أو بغير أمره (فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) والتقييد بفقء المشترى والأجنبي احتراز عما لو فقأت عينها بنفسها فإنه كما بالآفة السماوية لأنه هدر فلا يكون المشترى حابسا شيئا ، وأخذ الأرش ليس بقيد بل إذا أعورها الأجنبي لايرابح إلا ببيان لتحقق وجوب الضمان . والفرق لنا (أنه صار مقصودا بالإتلاف) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن ، وكذا إذا وطئها وهى بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) (و) من هذا (لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار) أو طعاما فتغير (يبيعه مرابحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكر أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لأنه بفعله قال الفقيه أبو الليث . وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشترى أن الثمن المذكور كان لها ناقصة . والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة ، وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبيّ أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه أنه قيمتها ، وهذا يبين أنه لايروم شراءها إلا بقيمتها كي لايغبن ، وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريرا له . وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك إذا نقصه العيب شيئا يسيرا ، فإن نقصه قدرا لايتغابن فيه لايبيعه مرابحة ، يعنى بلا بيان ، لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لايجب عليه أن يبين أنه اشتراه

أى فى صورة الاعورار (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية أو بصنع العباد (وأما إذا فقأ عينها) راجع إلى أول المسئلة . وفى بعض النسخ قلنا : فيكون جوابا لقول أبى يوسف والشافعي رحمهما الله : يعنى إذا فقأ المشترى عينها (بنفسه أو فقأها أجنبي) سواء كان بأمر المشترى أو بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لأنه صار مقصودا بالإتلاف ، أما إذا كان بأمر المشترى فلأنه كفعل المشترى بنفسه ، وأما إذا كان بغير أمره فلأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشترى حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المرابحة بدون البيان . وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ أرشها وهو المذكور فى لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير . وقال فى النهاية : كأنّ ذكر الأرش وقع اتفاقا . لأنه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الأرش ووجوب ضمان الأرش سبب لأخذ الأرش فأخذ حكمه ، ثم قال : والدليل على هذا إطلاق ما ذكره فى المبسوط من غير تعرض لأخذ الأرش ، وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهى بكر) لايبيعها مرابحة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض : إذا قطعه ، ونص أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق نار) جاز أن (يبيعه مرابحة من غير بيان) لأن الأوصاف تابعة لايقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لايبيعه مرابحة) بلا بيان لأنه صار مقصودا بالإتلاف . وقوله (والمعنى مابيناه) إشارة إلى

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشترى، فإن شاء رده، وإن شاء قبل) لأن للأجل شبها بالمبيع ؛ ألا يرى أنه يزاد فى الثمن لأجل الأجل ، والشبهة فى هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما ، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة ،

فى حال غلائه ، وكذا لو اصفرّ الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوى . واستشكل على قوله الفائت وصف لايقابله شىء من الثمن المشترى بأجل فإن الأجل وصف ، ومع ذلك لايجوز بيعه مرابحة بلا بيان . أجيب بأن الأجل يعطى لأجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان . وعلى قوله منافع البضع لايقابلها شىء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها ، وإن كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشترى بالوطء حابسا جزءا من المبيع عنده . وأجيب بأن عدم الرد فى هذا ليس لما ذكرت بل لأنه لو ردها فإما مع العقر احتراز عن الوطء مجانا أو من غير عقر ، لا وجه إلى الأول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لأنه لايرد على الزيادة ، ولا إلى الثانى لأنها تعود إلى قديم ملكه ، ويسلم المشترى الوطء بلا عوض باعتبار البيع ، وذلك لايجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شىء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ، ولا يجوز فى صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشترى أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شىء وجب بإتلاف العين كالولد والأرش والعقر فكذا الوطء .

[فروع] لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئا رابح بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لايمنع بيع المرابحة ، بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها ، فإنه إذا ربح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام علىّ بكذا ، وتقدم أنه إذا أنفق فى طعام الرقيق والدوابّ أنه يضمنه فى غير السرف ، ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر النخيل يبيع الأصل مع الزيادة مرابحة لأنه لم يحبس شيئا من المعقود عليه ، ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره . ولو استهلك المشترى الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع ، وكذا إذا استهلك الألبان والسمن فإنه لايرابح إلا ببيان . وفى المبسوط : اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعه مرابحة أو تولية أو وضيعة فالثمن بينهما ثلاثا ؛ ولو باعه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك ، ولهذا استوى فيه المشترى والموهوب وبيعهما فى العبد سواء ، بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبنى على الأول ، ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعه المشترى مرابحة فإنه يحط ذلك من المشترى الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا . وعند زفر والشافعى لايحط عن الثانى بهذا السبب شىء ، وأصله أن الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعنده لا ، بل هو هبة مبتدأة لاتتم إلا بالتسليم ، وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد بما بقى فيثبت ذلك فى حق الشفيع والموكل ، وهذا بخلاف ما لو حط الكل فى المرابحة والتولية فإن له أن يرابح على كل الثمن ويوليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين أنه اشتراه نسيئة بالألف (فعلم المشترى) بذلك (ف)له الخيار (إن شاء رده وإن شاء قبل) بالألف والمائة حالة ، وإنما يثبت له الخيار (لأن للأجل شبها بالمبيع ؛ ألا يرى أنه يزاد فى الثمن لأجله ، والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالألف (وباع أحدهما) بها على وجه المرابحة ، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعا حقيقة ، فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون

هذين الدليلين . قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشترى (فعلم المشترى، فإن شاء رده ، وإن شاء قبل لأن للأجل شبها بالمبيع) فإنه يزاد فى الثمن لأجل الأجل، والشبهة فى هذا الباب

فإذا ظهرت يخير كما فى العيب (وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لأن الأجل لايقابله شيء من الثمن. قال (فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن) شاء لأن الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق، وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى. وقيل يقوّم بثمن حال وبثمن مؤجل

هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة فى المرابحة (فإذا ظهرت يخير) على ماعرف من مذهب أبى حنيفة ومحمد. ولو فرّع على قول أبى يوسف ينبغى أن يحط من الثمن مايعرف أن مثلهفى هذا يزاد لأجل الأجل، هذا إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ماهلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لايقابله شيء) حقيقة والذى كان ثابتا له مجرد رأى وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه إياه ولم يبين) أنه اشتراه إلى أجل فعلم المشترى قبل الهلاك: يعنى يثبت له خيار الرد وقبوله بالألف الحالة. ولو فرع على قول أبى يوسف ينبغى أن يفعل ماذكرنا (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الأجل لايقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبى يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله فيما (ما إذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجياد زيوفا) وهو لايعلم بزيافتها حتى أنفقها فإنه عند أبى يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) إن شاء الله تعالى فى مسائل منثورة (وقيل يقوّم بثمن حال وبمؤجل

ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما، والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة. ونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزاد فى ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم، وإذا فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر فى مسئلة اعورار العين. وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصا عليها لأنها فى مقابلة السلامة، وما نحن فيه هو أن يقول إن أجلتنى مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فتثبت زيادة الثمن فى الأجل بالشرط، ولا يثبت ذلك فى سلامة الأعضاء، وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن الأجل مشروطا فى العقد، وإن هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة، لأن الأجل لايقابله شيء من الثمن: يعنى فى الحقيقة، ولكن فيه شبهة المقابلة، فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ إن كان المبيع قائما، فأما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا، وإلا لكان مافرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل. قال (وإن كان ولاه إياه) يعنى أن التولية كالمرابحة فيما إذا علم المشترى أنه كان اشتراه بأجل وباعه إياه من غير بيان فكان للمشترى الخيار، لأن التولية فى وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان (وإن كان (استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الأجل لايقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبى يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد فى مسائل) منثورة قبيل كتاب الصرف. وقال الفقيه أبو الليث: روى عن محمد أنه قال: للمشترى أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه، وهذا على أصله فى التحالف مستقيم، فإنه أقام القيمة مقامه، وقيل هو قول أبى جعفر الهلخى (يقوّم بثمن حال وبثمن مؤجل،

(قوله وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن الأجل الخ) أقول: فى الإشارة خفاء.

فيرجع بفضل ما بينهما ، ولو لم يكن الأجل مشروطاً فى العقد ولكنه منجم معتاد قيل لابد من بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حالّ . قال (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فإن أعلمه البائع ، يعنى فى المجلس فهو بالخيار ، إن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأن الفساد لم يتقرر ، فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ، ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم فى المجلس ، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخيير كما فى خيار الرؤية .

فيرجع بفضل مابينهما) على البائع ، قاله الفقيه أبو جعفر الهندوانى (ولو لم يكن الأجل مشروطا فى العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لابد من بيانه لأن المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن) ما كان إلا (حالا) فى العقد ، أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل فلم ينقده إلى شهر مطلا فلا شك أنه يبيعه مرابحة بالألف (قوله ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عايه فالبيع فاسد لجهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع : يعنى فى المجلس) ما قام بعايه (فهو بالخيار ، إن شاء رد البيع ، وإن شاء قبل لأن الفساد) وإن كان فى صلب العقد لكنه (لم يتقرر) إنما يتقرر بمضى المجلس ، وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة ، وهو الصحيح خلافا لما روى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد . ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع فى أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان :أى بيان قدر الثمن (كتأخير القبول إلى آخر المجلس) فإنه يجوز ويتصل بالإيجاب السابق أول المجلس ، كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن فى تحقق الفساد موقوفا إلى آخره ، فإن تبين فيه اتصل بالإيجاب الذى سكت فيه عنه ، وإن انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وإنما يتخير) بعد العلم فى المجلس (لأن الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما فى خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير .

[فروع] اشترى ثوبا ليس له أن يرابح على ذراع منه لأن الثمن لاينقسم على ذرعانه. ولو رابح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز . ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به ، وإن شاء باع كله مرابحة على ثلاثمائة ، ويقول قام علىّ بكذا . ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله . ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح إلا على مابقى ،

فيرجع بفضل مابينهما ، ولو لم يكن الأجل مشروطا فى العقد لكنه منجّم) معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر إما جملة أو منجّما ، قيل لابد من بيانه لأن المعروف كالمشروط ، وقيل لايجب بيانه لأن الثمن حال . قال (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه الخ) إذا قال وليتك هذا بما قام علىّ يريد به ما اشتراه به مع ماالحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشترى بكم قام عليه (فالبيع فاسد لجهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع فى المجلس) صح البيع ويخير المشترى (إن شاء أخذه وإن شاء تركه) أما الصحة فلأن الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة ، فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد لأن ساعات المجلس كساعة واحدة ، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر ، والفساد المتقرر لايقبل الإصلاح ، ونظيره البيع بالرقم فى صحته بالبيان فى المجلس وتقرر فساده بعلمه فيه . وأما خيار المشترى فللخلل فى الرضا لأنه لايتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لايتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان فى معنى خيار الرؤية فألحق به .

(فصل)

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحوّل لم يجز له بيعه حتى يقبضه ،

ولو باعه الثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهلك كان له أن يرابح على الثمن لأنه صار قابضا له بهذا الطريق . ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفا فتجوّز بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد . ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة ، وكذا إن باعه ثم ردّ عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو إقالة له أن يرابح على الثمن الذى كان اشترى به . ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لأنه ماعاد إلى الملك المستفاد بالشراء الأول . ولو وجد بالمبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به لأن الثابت له خيار فإسقاطه لايمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية ، وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار . ولو اشترى شيئا بغبن فاحش أو بدين له على إنسان وهو لايشترى بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان . ولو اشترى بالدين مايباع بمثله جاز أن يرابح عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح فى رواية . وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم ، لكن الوجه أنه إذا علم أنه ثمنه وجب أن يرابح عليه لأن منع المرابحة ماكان إلا لتهمة الحطيطة ، فإذا تيقن انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى . ولو اشتريا رزمة ثياب فاقتسماها ليس لأحدهما أن يبيع ماخصه مرابحة ، بخلاف ما لو اشتريا مكيلا جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ، ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوبا ثوبا ليس له أن يبيع ثوبا منها مرابحة على ماقوّم إلا ماقدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوّم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر فى الرقم بأزيد من ثمنه . أما لو أسلم فى ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبى حنيفة ، وعندهما يجوز . ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه إن كان ثوبا واحدا ليس له ذلك ، وإن كان مثليا وهو جنس واحد كطعام أكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالإجزاء ، بخلاف الأول لأن انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الأوصاف : أعنى الذرعان ، ولاينقسم الثمن باعتبارها ، وعلى هذا ينبغى أن لايرابح فى نصف العبد على نصف الثمن . ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرابحة عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد: لايرابح حتى يبين أنه اشتراه مع غيره . ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءا ، فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزءا من أحد عشر جزءا من درهم .

(فصــل)

(قوله ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) إنما اقتصر على البيع ولم يقل إنه يتصرف

(فصــل)

وجه إيراد الفصل ظاهر لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة . ووجه ذكرها فى باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الأوصاف كالمرابحة والتولية . قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسيا (و) هو المراد بقوله (يحوّل) فسره بذلك لئلا يتوهم أنه احتراز عن المدبر (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه

(فصــل ومن اشترى ممــا ينقل)

(قوله احترازعن المدبر) أقول : فإنه لاينقل نقلا شرعيا .

« لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض »

فيه لتكون اتفاقية ، فإن محمدا يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض . وقال مالك : يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض إلا فى الطعام ، لأنه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهى فى حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » أخرجه الشيخان ، وفى لفظ « حتى يقبضه » قلنا : قد رواه ابن عباس أيضا قال : وأحسب كل شىء مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعضد قوله ماروى أبو داود عن ابن إسحاق إلى ابن عمر قال : ابتعت زيتا فى السوق ، فلما استوجبته لقينى رجل فأعطانى فيه ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفى بذراعى ، فالتفتّ فإذا زيد بن ثابت رضى الله عنه فقال : لاتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » . ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وصححه . وقال فى التنقيح : سنده جيد . وقال ابن إسحاق : صرح فيه بالتحديث . وأخرج النسائى أيضا فى سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال « قلت يارسول الله إنى رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لى منها وما يحرم ؟ قال : لاتبيعن شيئا حتى تقبضه » ورواه أحمد فى مسنده وابن حبان وقال : هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة .
والحاصل أن المخرّجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ، ومنهم من لا ، وابن عصمة ضعيف جدا فى قول بعضهم . قال صاحب التنقيح : قال ابن حزم : عبدالله بن عصمة مجهول ، وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لأنه صرح فى رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه . والصحيح أن بينهما عبد الله بن عصمة الجشمى حجازى ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال عبد الحق : إنه ضعيف ، وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ ، وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبى أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه .
فالحق أن الحديث حجة والذى قبله كذلك ، والحاجة بعد ذلك إلى دليل التخصيص بغير العقار لأبى حنيفة يذكر هناك

« لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض ») وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله فى تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن اشترى أحدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه » وفى رواية « حتى يستوفيه » فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ، لأن ابن عباس قال : وأحسب كل شىء مثل الطعام . وذلك دليل على أن التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة . حدّث الطحاوى فى شرح الآثار مسندا إلى ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « ابتعت زيتا فى السوق ، فلما استوفيته لقينى رجل فأعطانى به ربحا حسنا ، فأردت أن أضرب على يده ، فأخذ رجل من خلفى بذراعى ، فالتفتّ فإذا زيد بن ثابت فقال : لاتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار إلى رحالهم » وإنما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق ، فإن الهبة والصدقة جائزة عند محمد ، وإن كان قبل القبض قال كل تصرف لايتم إلا بالقبض فإنه جائز فى المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه ، لأن تمام هذا العقد لايكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك ، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه . والجواب أن البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع

(قوله فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول : فيه أن الخصم ينازع فى كون المفهوم حجة ، ولو سلم فلا يعارض المنطوق
(قوله معروفا بين الصحابة) أقول . فيه تأمل .

ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك .

والأحاديث كثيرة فى هذا المعنى ، ثم علل الحديث (لأن فيه غرر انفساخ العقد) الأول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه وذلك مفسد للعقد . وفى الصحاح « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر » والغرر : ماطوى عنك علمه . والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف فى إبدال العقود التى لاتنفسخ بالهلاك جائزا فلايضرّها غرر الانفساخ كالتصرف فى المهر لها ، وبدل الخلع للزوج والعتق على مال ، وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز إذ كانت لاتنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ماقلنا . هذا وقد ألحقوا بالبيع غيره فلا تجوز إجارته ولا هبته ولا التصدق به ، خلافا لمحمد فى الهبة والصدقة ، وكذا إقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شىء من ذلك . وإذا أجاز محمد هذه التصرفات فى المبيع قبل القبض ففى الأجرة قبل قبضها إذا كانت عينا أولى ، فصار الأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف فى ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع فى البيع والأجرة إذا كانت عينا فى الإجارة ، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينا لايجوز بيع شىء من ذلك ولأن يشرك فيه غيره إلى آخر ما ذكرنا ، وما لاينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز ، كالمهر إذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عينا يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه وسائر التصرفات فى قول أبى يوسف . ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالإجماع ، لأن الوصية أخت الميراث ، ولو مات قبل القبض ورث عنه ، فكذا إذا أوصى به . ثم قال محمد كل تصرف لايتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز فى المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه . ووجهه أن تمام هذا العقد لايكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك ، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فإنها تجوز إذا سلطه على قبضه إذ لامانع فإنه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال أطعم عن كفارتى جاز ، ويكون الفقير نائبا عنه فى القبض ثم قابضا لنفسه ،

فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ، ثم البيع فى المبيع قبل القبض لايجوز لأنه تمليك العين ماملكه فى حال قيام الغرر فى ملكه فالهبة أولى (قوله ولأن فيه غرر انفساخ العقد) استدلال بالمعقول ، وتقريره فى البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع فى يد البائع ، والغرر غير جائز « لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر » . والغرر : ماطوى عنك علمه وقد تقدم . واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع . ولايدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لأن عدم الهلاك كذلك فاستويا . وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى ـ وأحلّ الله البيع ـ وليس ما بعد القبض فى معناه لأن فيه غررَ الانفساخ بالهلاك والاستحقاق ، وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به . ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لايجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالإجارة فإنها فى العقار لاتجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح مالم يضمن ، فإن المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهىّ عنه شرعا ، والنهى يقتضى الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لأنه لم يدخل فى ضمانه كما فى الإجارة

(قوله وأجيب بأن عدم جوازه الخ) أقول : الاعتراض كان متوجها على الدليل المعقول لاعلى الاستدلال بالحديث ، فلا يستقيم هذا الجواب (قوله فلم يلحق به) أقول : أى بطريق الدلالة (قوله رجوعا إلى إطلاق الحديث) أقول : أى عمومه .

(ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : لايجوز) رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالإجارة . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله فى محله ، ولاغرر فيه لأن الهلاك فىالعقار نادر ، بخلاف المنقول ، والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد ، والحديث

بخلاف البيع . وأبو يوسف يقول : البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع . وأيضا هذه التصرفات تنبنى على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصرا فى حق إطلاق التصرف ، وأما أعتق عن كفارتى فإنه طلب التمليك لاتصرف مبنى على الملك القائم . فإن قيل : لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق . فالجواب أنه أضعف لأن مايتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ، ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ، ولأن اعتباره بعده يسدّ باب البيع . ولو باعه المشترى من بائعه قبل قبضه لايجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الإقالة . فإن قيل : هذا النهى باعتبار أمر مجاور فينبغى أن لايوجب الفساد كالبيع وقت النداء . أجيب بأن الغرر فى المبيع لامجاور له ، فإنه باعتبار أنه مملوك أو غير مملوك للمشترى على تقدير الهلاك . وأورد على التأثير أن بعد تسليم أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض : أى امتناع فيه فليكن كذلك ، وغاية الأمر أنه ظهر أن البيع الثانى لم يصح فيترادّان ، ومثله واقع فى الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد : لايجوز) وهو قول أبى يوسف الأول ، وقول الشافعى (رجوعا إلى إطلاق الحديث) يعنى عمومه ، وهو ما فى حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم « لاتبيعنّ شيئا حتى تقبضه » بخلاف ماقبله من حديث ابن عمر فإنه خاص بالمنقول : أعنى قوله « نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » وللنهى عن ربح مالم يضمن . ولو باع العقار بربح يلزم ربح مالم يضمن وصار بيع العقار كإجارته وإجارته قبل قبضه لاتجوز فكذا بيعه ، ولأن السبب هو البيع إنما يتم بالقبض ، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد ، والملك إنما يتأكد بتأكد السبب ، وفى هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف (أن ركن البيع صدر من أهله فى محله) والمانع المثير للنهى وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فإن هلاك العقار نادر) والنادر لاعبرة به ، ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز ، وهذا لأنه لايتصور هلاكه إلا إذا صار بحرا ونحوه ، حتى قال بعض المشايخ : إن جواب أبى حنيفة فى موضع لايخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال ، فأما فى موضع لايؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما فى المنقول ذكره المحبوبى . وفى الاختيار : حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لايجوز بيعه قبل القبض ،

(ولهما أن ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه (فى محله) لأنه محل مملوك له ، وذلك يقتضى الجواز ، والمانع وهو الغرر معدوم فيه لأنه باعتبار الهلاك وهو فى العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع ، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود ، ومنع انتفاء المانع فى العقار فإنه غرر الانفساخ ، وقد يوجد بالرد بالعيب . وأجيب بأنه لايصح لأنه إذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشترى ، وحينئذ لايملك المشترى الأول الرد ، وفيه نظر لأنه إن رد عليه بقضاء القاضى عاد له الرد . والأولى أن يقال : كلامنا

(قال المصنف : ولهما أن ركن البيع الخ) أقول : إذا استدل محمد بأنه إذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح مالم يضمن وهو منهى فما جوابهما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع فى العقار فإنه إلى قوله : وأجيب بأنه) أقول : المجيب هو الإتقانى ، وضمير فإنه راجع إلى المانع ، وضمير بأنه فى قوله وأجيب بأنه راجع إلى الرد .

معلول به عملا بدلائل الجواز والإجارة، قيل على هذا الخلاف؛ ولو سلم فالمعقود عليه فى الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر .

والحديث الذى استدل به (معلول به) أى بغرر الانفساخ، والدليل عليه أن التصرف الذى لا يمتنع بالغرر نافذ فى المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوّج عليه، وبه ظهر فساد قولهم إن تأكد الملك بتأكد السبب، وذلك بالقبض لأن العتق فى استدعاء ملك تام فوق البيع، ويجوز فى المبيع قبل القبض العتق . وإنما قلنا : التزوج لا يبطل بالغرر لأنه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح . وأورد أنه تعليل فى مقابلة النص فإنه تخصيص عمومه فيؤدى إلى تقديم القياس، والمعنى على النص وهو ممنوع . الجواب أنه خص منه أشياء : منها جواز التصرف فى الثمن قبل قبضه، وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته، وكذا الزوج فى بدل الخلع، وكذا ربّ الدين فى الدين إذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز، وكذا أخذ الشفيع قبل قبض المشترى، ولا شك أن تملكه حينئذ شراء قبل القبض،

فى غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ، وإذا كان الهلاك فى العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهى عنه منتفيا. والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والإجماع . واعترض بأنه تعليل فى موضع النص وهو ماروى «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض» وهو عام . والتعليل فى موضع النص غير مقبول . وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لإجماعنا على جواز التصرف فى الثمن والصداق قبل القبض . ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول ؛ كذا فى المبسوط ، وفيه بحث لأن المراد بالحديث النهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن لحزام « إذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض » سلمنا أنه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذى ثبت بسبب من الأسباب ، لكن الإجماع لا يصلح تخصيصا ، سلمنا صلاحيته لذلك ، لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل فى العام بعد احتماله تناوله ، وإذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك ، إذ الشىء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا واعلم أنى أذكر لك ما سنح لى فى هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال : الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى ـ وأحلّ الله البيع ـ لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى ـ وحرّم الربا ـ والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد ، وهو ماروى «أنه نهى عن بيع مالم يقبض» ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغرر الانفساخ أولا ، فإن كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار . وإن لم يكن وقع التعارض بينه وبين ماروى فى السنن مسندا إلى الأعرج عن أبى هريرة «أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر» وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك إعمال لثبوت التوفيق حينئذ ، والإعمال متعين لا محالة ، وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق ، وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض ، هذا والله أعلم بالصواب (قوله والإجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيسا عليها لأنها على الاختلاف . قال فى الإيضاح :

(قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل فى العام الخ) أقول : فيه بحث ، فإن لفظة ما لم يقبض يتناول العقار أيضا ، والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وإن لم يكن وقع التعارض) أقول : فيه تأمل ، إذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روى مسندا إلى الأعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول : إذا كان مخصصا لأدلة الجواز فكيف يوجد التعارض (قال المصنف : والإجارة قيل على هذا الاختلاف) أقول : قال العلامة الكاكى : وفى الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته ، لأن صحة الإجارة بملك الرقبة ، فإذا ملك التصرف فى الرقبة ملك التصرف فى التابع ومالا فلا . وفى الفوائد الظهيرية : وقيل الإجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح ، لأن المنافع بمنزلة المنقول ، والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لذلك ، وفى الكافى وعليه الفتوى انتهى .

قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) «لأن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشترى» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف

فلو كان العقار قبل القبض لايحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الأخذ قبل القبض. وهذا يخرج إلى الاستدلال بدلالة الإجماع على جواز بيع العقار قبل القبض. وأما الإلحاق بالإجارة ففى منع الإجارة قبل القبض منع فإنه قيل إنه على هذا الخلاف، والصحيح كما قال فى الفوائد الظهيرية: إن الإجارة قبل القبض لاتجوز بلا خلاف إلا أن المنافع بمنزلة المنقول والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض. وفى الكافى وعليه الفتوى: وإذا عرف من الجواب أن التصرف فى الثمن قبل القبض يجوز وفى المبيع لايجوز كان تتميمه بأن يذكر هنا مايميز المبيع عن الثمن وإن كان قد سلف فالدراهم والدنانير أثمان أبدا وذوات القيم مبيعة أبدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة إذا قوبلت بالنقد مبيعة أو بالأعيان وهى معينة ثمن أو غير معينة فبيعة، كمن قال اشتريت كرّا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح إلا بشرائط السلم. وقيل المثليات إذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا، ولو دخل عليها الباء، إذا عرف هذا فالأثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا فى غير الصرف والسلم. واختلف فى القرض والأصح جوازه، والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الإلحاق. ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشترى قبل القبض يجوز، ومن الأجنبى لايجوز، وللشافعى قولان. والأصل أن البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه فى حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد، وما هو فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق ثالث يجوز من المشترى كالأجنبى (قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة) أى اشتراه على كذا كيلا أو رطلا (فاكتاله أو اتزنه) لنفسه (ثم باعه مكايلة أو موازنة) فى الموزون (لم يجز للمشترى منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن «لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشترى») روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرفا أسنده عنه ابن ماجه وإسحاق وابن أبى شيبة، وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى وبلفظه من حديث أبى هريرة وزاد فيه:

مالايجوز بيعه قبل القبض لاتجوز إجارته. لأن صحة الإجارة بملك الرقبة، فإذا ملك التصرف فى الأصل وهو الرقبة ملك فى التابع. وقيل: لايجوز بلا خلاف وهو الصحيح، لأن المنافع بمنزلة المنقول والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول. قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة الخ) إذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام: اشترى مكايلة وباع مكايلة، أو اشترى مجازفة وباع كذلك، أو اشترى مكايلة وباع مجازفة، أو بالعكس من ذلك. فى الأول لم يجز للمشترى من المشترى الأول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم فى حق المشترى الأول كذلك «لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشترى» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع، والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف، وهذه العلة موجودة فى الموزون فكان مثله. وفى الثانى لايحتاج إلى الكيل لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار.

(قوله لأن المنافع بمنزلة المنقول) فى الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الإمام أبو الفضل الكرمانى أورد عليه إشكالا: أنه إذا أجر المستأجر قبل القبض يجوز، ولو صح ما قال لا يجوز انتهى. قال ابن البزازى: وأنت خبير بأن العين قائم مقام المنفعة فى حق ارتباط الآلتين فينظر أيضا إلى ما قام به المنفعة انتهى. وما ذكره تأييدا للإشكال لاجواب عنه كما يوهم ظاهر عبارته.

فى مال الغير حرام فيجب التحرزعنه ، بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له ، وبخلاف ما إذا باع الثوب

« فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار : حدثنا محمد بن عبد الرحمن : حدثنا مسلم الجرمى ، حدثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة وقال : لانعلمه يروى عن أبى هريرة إلا من هذا الوجه ، وله طريقان أخريان عن أنس وابن عباس ضعيفان . وقال عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن يحيى بن أبى كثير « أن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه فى غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل ، فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعاه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما » فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الأئمة إياه ، فإنه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعى وأحمد رضى الله عنهم ، وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض إذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع إذ عسى أن يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فألحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن ، وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما وألحقوا بالمكيل الموزون . وينبغى إلحاق المعدود الذى لايتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى معاددة ، وبه قال أبو حنيفة فى أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع ، وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين ، فإن الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنهما من جواز البيع الثانى قبل العد . ولما كان فى المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشترى لم يلحقوها ؛ فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع ؛ لأنه لو زاد كان للمشترى ، ولو نقص كان له الخيار ، فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك . ولما كان النهى عن بيع الطعام اقتصر على ما إذا كان المكيل أو الموزون مبيعا ، فلو كان ثمنا بأن اشترى بهذا البر على أنه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن ، لأن التصرف فى الثمن قبل قبضه جائز ، فأولى أن يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه . ثم لايخفى أن ظاهر النص منع بيع الطعام إلا مكايلة فيقتضى منع بيعه مجازفة ، ولا نعلم خلافا فى أن ظاهره متروك وأنه محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة . أما إذا اشتراه مجازفة بيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لأن كل المشار إليه له فلا يتصور اختلاط الملكين . وقول المصنف فيه (لأن الزيادة له) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف

وفى الثالث لايحتاج المشترى الثانى إلى كيل لأنه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا إليه فكان متصرفا فى ملك نفسه . قال المصنف (لأن الزيادة له) واعترض بأن الزيادة لا تتصور فى المجازفة . وأجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على أنه عشرة أقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فإذا هو اثنا عشر فى الواقع فيكون زيادة على المكيل الذى اشتراه المشترى الأول وفيه من التمحل ماترى . وقيل المراد الزيادة التى كانت فى ذهن البائع ، وذلك بأن باع مجازفة وفى ذهنه أنه مائة قفيز فإذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشترى ، ويجوز أن يجعل من باب الغرض ، ومعناه أن المانع من التصرف هو احتمال الزيادة . ولو فرض فى المجازفة زيادة كانت للمشترى حيث لم يقع العقد مكايلة ، فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير علمه أولى . ويجوز فرض المحال إذا تعلق به غرض كقوله تعالى — إن تدعوهم لايسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم — وفى الرابع يحتاج إلى كيل واحد ، إما كيل المشترى أو كيل البائع بحضرته لأن الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة إلى تعيين المقدار الواقع مبيعا ، وأما المجازفة فلا يحتاج إليه لما ذكرنا . فإن قيل : النهى عن بيع الطعام إلى الغاية المذكورة يتناول الأقسام الأربعة فما وجه تخصيصه بما فى الكتاب ؟ فالجواب أنه معلول باحتمال الزيادة على المشروط

مذارعة لأن الزيادة له إذ الذرع وصف فى الثوب ، بخلاف القدر ، ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشترى لأنه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط ، ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته . ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لايكتفى به لظاهر الحديث ، فإنه اعتبر صاعين . والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ماتبين فى باب السلم إن شاء الله تعالى . ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا ، وكالموزون فيما يروى عن أبى حنيفة رحمه الله .

غيره ، وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما إذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك ، أما إذا اشتراه مجازفة فإنما يحتاج إذا باعه مكايلة إلى كيل واحد للمشترى . وقول الراوى حتى يجرى فيه صاعان : صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه ، وهو محمول على ما إذا كان البائع اشتراه مكايلة ، أما لو كان ملكه بالإرث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كر ثم باعها فالحاجة إلى صاع واحد وهو صاع هذا المشترى ، وإن كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لأن مايرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله فى مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ؛ ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض فى ظاهر الرواية لايجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه . وفى نوادر ابن سماعة يجوز . وإذا عرف أن سبب النهى أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسدا . ونص على الفساد فى الجامع الصغير ، ونص على أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لايقال إنه أكل حراما لأنه أكل ملك نفسه ، إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل ، فكان هذا الكلام أصلا فى سائر المبيعات بيعا فاسدا إذا قبضها فملكها ثم أكلها ؛ وتقدم أنه لايحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا ، وهذا يبين أن ليس كل مالا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراما (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشترى الثانى (وإن كان) كاله لنفسه (بحضرة المشترى) عن شرائه هو (لأنه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثانى (بغيبة المشترى) وغيبة وكيله فى القبض لأن التسليم إلى الغائب لايتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وإن كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشترى) مرة فيه اختلاف المشايخ . قال عامتهم : كفاه ذلك حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل كيله ووزنه

وذلك بما يتصور إذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه . ورد بأنه دعوى مجردة . وأجيب بأن التقصى عن عهدة ذلك بأن يقال : قوله تعالى ـ وأحل الله البيع ـ يقتضى جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد ، وفيه ذكر جريان الصاعين ، وليس ذلك إلا لتعيين المقدار وتعيين المقدار إنما يحتاج إليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان فى النص مايدل على أنه معلول بذلك وهو فى المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل . ثم فى قوله اشترى مكيلا إشارة إلى أنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره ، وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتى وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة فى المكيل لأن الزيادة له ، إذ الذرع وصف فى الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن فى معنى ما ورد به النص لتلحق به ، بخلاف القدر فإنه مبيع لا وصف ، ولا معتبر بكيل البائع وهو المشترى الأول قبل البيع وإن كان بحضرة المشترى الثانى لأن الشرط صاع البائع والمشترى وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لأن الكيل من باب التسليم إذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم إلا بحضرته . ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لايكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين . والصحيح أنه يكتفى به

لأنه لاتحل له الزيادة على المشروط . قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه

إذا قبضه . وعند البعض لابد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث . والصحيح قول العامة لأن الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ، ومحمل ظاهر الحديث إذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشترى المسلم إليه من رجل كرا لأجل ربّ السلم وأمر ربّ السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فإن فى ذلك يشترط صاعان : صاع للمسلم إليه ، وصاع لربّ السلم فيكيله للمسلم إليه ثم يكيله لنفسه ، بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز . ويصرح بنفيه ما فى الجامع فى بيع قفيز من صبرة إذا كان البائع قفيزا منها بغير حضرة المشترى فهلك أن البيع قائم فى قفيز مما بقى ولا يقع به الإفراز ، ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه فى المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لايجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشترى منه أو لا ، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والإجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لايتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لأن الملك مطلق ، وكان القياس ذلك أيضا فى المبيع إلا أنه

به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ماسيأتى فى باب السلم أن من أسلم فى كر فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا أو أمر ربّ المال بقبضه لم يكن قبضا ، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين . واعلم أن فى كلام المصنف رحمه الله إيهام التناقض ، وذلك لأنه وضع المسئلة أولا فيما إذا كان العقدان بشرط الكيل . واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ، ثم ذكر فى آخر المسئلة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل ، لما أن الاكتفاء بالكيل الواحد فى الصحيح من الرواية إنما هو فى العقد الواحد بشرط الكيل . وأما إذا وجد العقد بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية ، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين . ودفعه بأن يكون المراد بالبائع فى قوله ولو كاله البائع المشترى الأول وبالمشترى هو الثانى وبالبيع هو البيع الثانى ، ومعناه أن المشترى إذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ، ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فإنه يدل على أن فى هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور إليه ، فكأنه يقول : الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما إذا اجتمعت الصفقتان كما فى أول المسئلة وماسيأتى فى باب السلم . وأما فيما نحن فيه فلا . هذا وإذا نظرنا إلى التعليل وهو قوله ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد فى أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ، ولو ثبت أن وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعا جاريا على القوانين لكن لم أظفر بذلك . ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عن أبى يوسف ومحمد . وهو رواية عن أبى حنيفة لأنه ليس بمال الربا ، ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع ، وحكمه قد مرّ أنه لايحتاج إلى إعادة الذرع إذا باع مزارعة . وكالموزون فيما يروى عن أبى حنيفة وهو قول الكرخى لأنه لاتحل الزيادة ؛ ألا ترى أن من اشترى جوزا على أنها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ، ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن فى الموزون . قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لايتعين كالنقود أو مما يتعين كالمكيل

غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين ، بخلاف المبيع . قال (ويجوز للمشترى أن يزيد للبائع فى الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشترى فى المبيع ، ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا . وعند زفر والشافعى رحمه الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق ، بل على اعتبار ابتداء الصلة . لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد، وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ . ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من

منع بالنص لغرر الانفساخ ، وليس فى الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها ، واستثناء السلم لأن للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز ، وكذا فى الصرف وأيده السمع وهو ما فى السنن الأربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فأتيت النبىّ صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال : إذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع . فإن هذا بيع الثمن الذى فى الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له » . وقد صححه الحاكم والدارقطنى ، وقول الترمذى لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك لا يضره وإن كان شعبة . قال حدثنى قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه ، وحدثنى داود بن أبى هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ، وحدثنى فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ، ورفعه سماك وأنا أهابه لأن المختار فى تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ، ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للأثر أنه لم يكن يقتضى أحد النقدين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم ، وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لأنه صرف فمنع النسيئة فيه . وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث فى الملك وكان للميت ذلك التصرف ، فكذا للوارث وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشترى أن يزيد للبائع فى الثمن ، ويجوز للبائع أن يزيد للمشترى فى المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسنذكر شرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفى الزيادة إذا كان الثمن حالا ، وليس للمشترى أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها ، ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن ، وفى صورة الحط للمشترى مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم الباقى بعد الحط (وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصحان) أى الزيادة والحط (على اعتبار الالتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة بر مبتدأ

والموزون ، حتى لو باع إبلا بدراهم أو بكرّ من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئا آخر . قال ابن عمر رضى الله عنهما : «كنا نبيع الإبل فى البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم ، وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولأن المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين : أى فى النقود بخلاف المبيع . قال (ويجوز للمشترى أن يزيد البائع فى الثمن) إذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة

(قوله لعدم تعينها بالتعيين : أى فى النقود) أقول : فيكون الدليل أخص من المدعى (قال المصنف : وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ) أقول : قوله وكذا الحط : أى لا يلتحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن إخراجه) أى إخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع.

وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا. ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغير ، وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ، ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لابنفسه ، بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به : وعلى اعتبار الالتحاق

من البائع والمشترى والحط إبراء من بعض الثمن متى رده يرتد . وجه قولهما أن المبيع دخل فى ملك المشترى بالقدر الأول ، فلوالتحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع ،وكذا الثمن دخل فى ملك البائع فلو جازت الزيادة فى المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه : أعنى الثمن . قلنا : إنما يكون ماذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره ، لكنا إنما قلنا إنهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الأول وهو كونه بذلك المقدار إلى كونه

مثلا أو باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا أو حط بعض الثمن جاز ، والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفى الأصل والزيادة ، ولا يملك المشترى مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه ،ويستحق المشترى مطالبة المبيع كله بتسليم مابقى بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك: يعنى الأصل والزيادة ، فإذا استحق المبيع يرجع المشترى على البائع بهما ، وإذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا . وعند زفر والشافعى لايصحان على اعتبار الالتحاق ، بل على اعتبار ابتداء الصلة : أى الهبة ابتداء لاتتم إلا بالتسليم . لهما أنه لايمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأن هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لأن المشترى ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا ، فالزيادة فى الثمن تكون فى مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لايجوز ، وفى الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن إخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ . ولنا أن البائع والمشترى بالحط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع ،لأن البيع المشروع خاسر ورابح وعدل ،والزيادة فى الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا ،والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة فى المبيع ، ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالإقالة ، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف إلى وصف لأن التصرف فى صفة الشيء أهون من التصرف فى أصله وصار كما إذا كان لأحد العاقدين أولهما خيار الشرط فأسقطا أوشرطاه بعد العقد فصح إلحاق الزيادة بعد تمام العقد ، وإذا صح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة فى الثمن كالوصف له ،ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لابنفسه ، فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها . فإن قيل : لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض. أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لأنه تبديل بأصله لاتغيير بوصفه ،لأن عمل الحط فى إخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك فى حط البعض لوجود مايصلح ثمنا . وأما حط الجميع فتبديل للعقد ، لأنه إما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان

(قوله فصار) أى كل واحد من الزيادة والحط . قال فى الذخيرة. وفى المحيط البرهانى فى الفصل الحادى عشر من كتاب البيع: إذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضا ، وإن كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حططت عنك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشترى ، ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لايصح الإبراء انتهى. ووجه الفرق مذكور فى الكتابين المذكورين فراجعهما فإنهمهم فى الغاية (قوله وإذا صح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة فى الثمن كالوصف له) أقول : الزيادة فى المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف ،فكيف يصح الالتحاق فيهما إذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول : وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا ورابحا وعدلا على مايدل عليه سياق الكلام ، ولو صح ماذكره لبقى التحاق الحط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فإن قيل : لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك الخ) أقول : يعنى بطريق الالتحاق ، وإلا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول : وإلا لم يكن بيعا (قوله لأنه إما أن يبقى بيعا باطلا) أقول : كما سبق فى أحكام البيع الفاسد.

لاتكون الزيادة عوضا عن ملكه، ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة ويباشر على الباقى فى الحط وفى الشفعة حتى يأخذ بما بقى فى الحط، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما فى الزيادة

بهذا المقدار ، ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة إلى صفة ومن وجوده بعد تحققه فى الوجود إلى إعدامه بلا سبب سوى اختيارهما . أما الأول فتحويله من عدم اللزوم إلى اللزوم بإسقاط الخيار وعكسه بإلحاق الخيار ، وكذا من كونه حالا إلى مؤجل بإلحاق الأجل كما سنذكر فى تأجيل الثمن الحال عندنا . وأما الثانى فبالإقالة وهى تعيده إلى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا إلى خاسر أوخاسرا إلى رابح ، وإلى كونه عدلا ، وثبت صحة الحط شرعا فى المهر بقوله تعالى ـ ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ـ فبين أنهما إذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز . وإذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة إذ تغييره يوجب كونه عقدابهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به إذ وصف الشىء يقوم به ، بخلاف ما لوحط الكل لأنه تبديل لأصله إذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد التبرع فلا يلحق به ، وإذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه إلى آخر ماذكرا (ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة فتجوز) المرابحة (على الكل) من الأصل والزائد . ويجب أن يرابح على المبيع الأول وما زاده البائع مبيعا لا الأول فقط ، وكذا التولية (ويباشر) العقد فى المرابحة والتولية (على الباقى) بعد الحط (و) كذا (فى الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقى) فقط . فإن قيل : لو التحقا لزم أن يأخذها الشفيع فى صورة الزيادة بالمجموع من الأصل والزائد وهومنتف بل لا يأخذ إلا بدون الزيادة، أويقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة إلى الشفيع ؟ أجاب بقوله (وإنما كان للشفيع أن يأخذها) فى صورة الزيادة (بدون الزيادة لما فى الزيادة

قصدهما التجارة فى المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع ، ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد ، وعلى اعتبار الالتحاق لاتكون الزيادة عوضا عن ملكه .ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى تجوز على الكل فى الزيادة، وعلى الباقى فى الحط فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشترى والمشترى قال لآخر وليتك هذا الشىء وقع عقد التولية على مابقى من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا بأصل العقد كان الثمن فى ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك فى الزيادة ، ويظهر حكمه أيضا فى الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقى فى الحط (قوله وإنما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت فى ابتداء العقد . وتقرير الجواب : إنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لأن حقه تعلق بالعقد الأول ، وفى الزيادة إبطال له ، وليس لهما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله إذا كان المبيع قائما . وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة فى الثمن على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه ، إذ الاعتياض إنما يكون فى موجود والشىء يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند ، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله لكونه إسقاطا والإسقاط لايستلزم ثبوت مايقابله فيثبت الحط فى الحال ويلتحق بأصل العقد استنادا . روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع . ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقديرا وتجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما إذا اطلع المشترى على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب ، وهذا لأن قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل ، واشتراط

(قوله فيلتحق حط البعض) أقول : لايكفى لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لابد من المقتضى أيضا ولم يتبين فلا يستقيم التفريع .

من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه ، ثم الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند ، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا . قال (ومن باع بثمن حالّ ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه ،

من إبطال حقه الثابت) قبلها ، فإن بمجرد العقد الأول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الأول وعقد به ، والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه . ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) إلى آخره : يعني أن شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية ؛ فلو هلك حقيقة بأن مات العبد أو الدابة أو حكما بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشترى الخمر فيها لاتصح الزيادة لفوات محل العقد ، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها إذا فعل في المغصوب ذلك ، وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية ، فلو زاد بعد موتها لاتصح ، بخلاف مالو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة ، وكذا إذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فأخذ المشترى أرشه حيث تثبت الزيادة في كل هذه ، وإنما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لأنه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وإن كان يقع مستندا فالمستند لابد أن يثبت أولا في الحال ثم يستند ، وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لاينبرم بالإجازة إذا كان المبيع هالكا وقتها (قوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن في غير رواية الأصول عن أبي حنيفة أن الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه . وفي المبسوط : وكذا إذا كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها لأنه التزمها عوضا ، وهذا الالتزام صحيح منه وإن لم يملك شيئا بمقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبي أو صالح مع الأجنبي من الدين على مال وضمنه صح وإن لم يملك الأجنبي شيئا بمقابلته هذا في زيادة الثمن . فأما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع ، وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن ، حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الحط) فإنه يصح بعد هلاك المبيع لأن المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البدل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله إخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمنا ، فإنما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقا بأصل العقد ؛ ألا ترى أنه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فإنه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوى ما رجع به ، فإسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لايصح (قوله ومن باع بثمن حالّ ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) وهو قول مالك خلافا للشافعي ، وكذا قوله في كل دين حال لايصير مؤجلا بالتأجيل وهو قول زفر لأنه بعد أن كان حالا ليس إلا وعدا بالتأخير . قلنا (الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه) وهذا لايستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول : لاشك أن له أن يؤخر إنما

المحل لإثبات الملك أو إبقائه بطريق التجدد فلم يكن لإبقاء العقد في حقه فائدة ، فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى والزيادة في المبيع جائزة لأنها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن ، حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن . قال (ومن باع بثمن حالّ) ثم أجله أجل معلوم إذا باع شيئا بثمن حال

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول : بعد الهلاك .

ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذا مؤقتا ، ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لايجوز ، وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل . قال (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (إلا القرض) فإن تأجيله لايصح لأنه إعارة وصلة فى الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة ، ولا يملكه من لايملك التبرع كالوصى والصبى ومعاوضة فى الانتهاء ، فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كما فى الإعارة ، إذ لاجبر فى التبرع ،

الكلام فى أنه يلزم التأخير شرعا إذا أخر . وقوله (ألا ترى) إلى آخره يستدل به مستقلا فى المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند إسقاطه السقوط ، والتأجيل التزام الإسقاط إلى وقت معين فيثبت شرعا السقوط إلى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا بإسقاطه مطلقا (ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجيء المطر (لايجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وإن كانت) يسيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما إذا كفل إليها (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى آخر باب البيع الفاسد لأن الأجل المجهول لم يشترط فى عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين (وكل دين إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا ، إلا القرض فإن تأجيله لايصح) ولو شرط الأجل فى ابتداء القرض صح القرض وبطل الأجل . وعند مالك يصح أيضا لأن القرض صار فى ذمته كسائر الديون . ولومات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيخان بأنه لايصح كما لو أجل المقرض . وقول صاحب المبسوط ينبغى أن يصح على قول البعض لايعارضه ولا يفيد مايعتمد عليه ؛ ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أوقبله وهو الصحيح ، وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لاتصير قرضا . والحيلة فى لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ . وجه المسئلة أن القرض تبرع (لأنه صلة فى الابتداء وإعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الألف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لايملكه من لايملك الصلات والتبرعات كالوصى والصبى) والعبد والمكاتب (ومعاوضة فى الانتهاء) لأنه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل ، كما) لايلزم تأجيل (الإعارة) فإنه لو أعاره المتاع إلى شهر كان له أن يسترده

ثم أجله لايخلو من أن يكون الأجل معلوما أو مجهولا ، فإن كان الأول صح وصار مؤجلا . وقال زفر : لايلحق الأجل بالعقد ، وبه قال الشافعى لأنه دين فلا يتأجل كالقرض . ولنا أن الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ، ولأن التأجيل إثبات براءة مؤقتة إلى حلول الأجل ، وهو يملك البراءة المطلقة بالإبراء عن الثمن فلأن يملك البراءة المؤقتة أولى ، وإن كان الثانى فلا يخلو إما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة ، فإن كان الأول كما إذا أجله إلى هبوب الريح ونزول المطر لايجوز ، وإن كان الثانى كالحصاد والدياس جاز كالكفالة ، لأن الأجل لم يشترط فى عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلا (لما ذكرنا) أنه حقه ، لكن القرض لايصح تأجيله ، وهذا لأن القرض فى الابتداء صلة وإعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ، ولهذا يصح بلفظ الإعارة (ولا يملكه من لايملك التبرع كالوصى والصبى ، ومعاوضة فى الانتهاء) لأن الواجب بالقرض رد المثل لارد العين (فعلى اعتبار الابتداء لايصح) أى لايلزم التأجيل فيه (كما فى الإعارة إذ لاجبر

وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى ، والله تعالى أعلم .

فى الحال إذ لا تأجيل فى التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لايصح) أيضا (لأنه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا) ولأنه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافى موضوع التبرعات ، قال تعالى ـ ما على المحسنين من سبيل ـ نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق ، فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين ، ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض فى المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين ، وإذا جعلت كالعين فالتأجيل فى الأعيان لايصح (بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان إلى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لأنه وصية بالتبرع) فيلزم كما تلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع أنه لو أعار عبده أو داره سنة كان له أن يسترده فى الحال ، وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ؛ ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه جاز ، وإن كانت الثمرة معدومة فى الحال رعاية لحق الموصى ونظرا له فضلا من الله ورحمة ، وللرحمة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لاتصح لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، والله تعالى أعلم .

وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا) وهذا يقتضى فساد القرض لكن ندب الشرع إليه ، وأجمع الأمة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم (ونوقض بما إذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة) فإنه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه) إلى سنة . وأجيب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى فى كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم فى الوصية مالايلزم فى غيرها ، ؛ ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل فى القرض حتى لايجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصى ، والله أعلم .

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول : العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه ، لئلا يلزم تقديم معمول « ما » فى حيز أن « عليه » وتصحيح ما فى الكتاب بجعل المذكور تفسيرا للمقدر قبل أن ، والله أعلم .

تم الجزء السادس ، ويليه الجزء السابع وأوله :

(باب الربا)

فهـــرس

الجزء السادس

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى